

**Das Problem
der Einführung eines Benutzungszwanges
in das deutsche Warenzeichenrecht
de lege lata et ferenda
unter besonderer Berücksichtigung der
skandinavischen Zeichenrechte.**

INAUGURAL - DISSERTATION
zur
Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
bei der
Juristischen Fakultät
der
Freien Universität Berlin

vorgelegt von
Dietrich Barend
Referendar in Berlin
1964

**Das Problem
der Einführung eines Benutzungszwanges
in das deutsche Warenzeichenrecht
de lege lata et ferenda
unter besonderer Berücksichtigung der
skandinavischen Zeichenrechte.**

INAUGURAL - DISSERTATION

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

bei der

Juristischen Fakultät

der

Freien Universität Berlin

vorgelegt von

**Dietrich Barend
Referendar in Berlin
1964**



Erstgutachter: Professor Dr. iur. Ernst E. Hirsch

Zweitgutachter: Professor Dr. iur. Götz Hueck

Tag der mündlichen Prüfung: 25. Juli 1964

<u>Gliederung</u>	Seite
§ 1 : Einleitung	1
§ 2 : Gegenwärtige Situation	1
A) Überfüllung der Zeichenrolle	2
1) Intensivierung des Gütegedankens	3
2) Starke Position des Zeicheninhabers	4
3) Fehlen eines Benutzungszwanges	6
a) Vorratszeichen	8
b) Defensivzeichen	9
B) Behinderung für Neuanmeldungen	9
§ 3 : Bisher getroffene Maßregeln	10
1) bei Vorratszeichen	11
a) ursprünglich	11
b) schutzwürdiges Interesse	11
c) allgemeines Wettbewerbsrecht	12
d) Verwirkung	12
e) Beweisführung	13
f) objektive Maßstäbe	14
2) bei Defensivzeichen	16
a) ursprünglich	16
b) schutzwürdiges Interesse, allgemeines Wettbewerbsrecht	16
c) Ähnlichkeitsbereich	17
d) abhängiger Schutz	17
e) Unterscheidungskraft des Hauptzeichens	18
f) keine Erweiterung des Schutzes eingeführter Zeichen	18
3) Maßnahmen nicht ausreichend	18
4) Gegenmeinung	21

§ 4 :	Lösungsvorschläge	24
1)	Gebührenerhöhung	24
2)	prozentuales Verhältnis von benutzten und unbenutzten Zeichen	25
3)	zwei Zeichenrollen	25
§ 5 :	Vergleich mit ausländischen Rechten	26
1)	Eintragungssystem ohne Benutzungszwang	26
2)	Benutzungszwang	27
3)	Erstbenutzungsprinzip	28
4)	Abwägung	29
§ 6 :	Skandinavische Zeichenrechte	31
1)	die alten Gesetze	33
2)	spätere Änderungen und ihre Gründe	34
3)	Vorbereitungen für die neuen Gesetze	39
4)	Einführung des Benutzungszwangs im schwedischen und finnischen Waren- zeichenrecht	42
a)	Ausführungen des schwedischen Justizministers	42
b)	Initiativantrag Löfgren	43
§ 7 :	Ausdehnung des Benutzungszwanges auf bereits eingetragene Marken	44
1)	Enteignung	46
a)	Einzelakttheorie	48
b)	Schutzwürdigkeitstheorie	48
c)	Sozialpflichtigkeit des Eigentums	50
2)	Rückwirkung	53

§ 8 :	Problem der Einführung eines Benutzungs-	
	zwanges de lege lata	54
1)	Wortlaut des § 1 WZG	54
2)	Vorrats- und Defensivwaren	55
3)	Rechtsprechung	55
	a) formaler Schutz	55
	b) wettbewerbliche Regeln	56
4)	Rechtssicherheit und Zweckmäßigkeit	56
§ 9 :	Problem der Einführung eines Benutzungs-	
	zwanges de lege ferenda	57
1)	Definition der Benutzung	58
	a) ernsthafter Gebrauch	58
	b) Abgrenzung vom Scheingebrauch	58
	c) markenmäßiger Gebrauch	59
	d) Gebrauch in nur einer von mehreren	
	Klassen und bei Exportmarken	59
2)	Länge der Schonfrist	59
3)	Löschungsverfahren	62
4)	Entschuldigung für Nichtgebrauch	64
5)	Mehrbelastung des Patentamts	64
§ 10 :	Vorschlag	65

Abkürzungen

Anh.	Anhang
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts, Tübingen
Betänkande	Betänkande av varumärkeskommittén, Helsingfors 1960
Betaenkning	Betaenkning vedrørende en ny dansk lov om varemaerker, Betaenkning Nr. 199-1958, København
Betrieb	Der Betrieb, Düsseldorf
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
Blatt	Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen, herausgegeben vom Deutschen Patentamt, München, Köln, Berlin
Busse	Busse, Warenzeichengesetz
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
Defensor Legis	Defensor Legis, Organ för Finlands Advokat- förbund - Suomen Asianajajaliiton Äänen- kannattaja, Helsingfors
DÖV	Die öffentliche Verwaltung, Stuttgart
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift, Tübingen
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt, bis 1950 Hamburg, seither Köln
Ebersteif	Eberstein, Om skydd för individualiteten, daraus der Aufsatz: Ensamrättens omfattning vid varumärke och firma, S. 51 ff.
Fleiner, Einzelrecht	Fleiner, Einzelrecht und öffentliches Interesse
Fleiner	Fleiner, Wettbewerb und gewerblicher Rechts- schutz
Förslag	Förslag till revision av varumärkeslag- stiftningarna, Helsingfors 1946

Grundrechte	Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Band II herausgegeben von Neumann-Nipperdey-Scheuner, Berlin 1954; Band IV, 1. Halbband, herausgegeben von Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Berlin 1960; Band IV, 2. Halbband, herausgegeben von Bettermann-Nipperdey, Berlin 1962
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Weinheim a. d. B.
GRUR AT	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Auslands- und Internationaler Teil, Weinheim a. d. B.
Heiding, Diss.	Heiding, Om registrerade varumärken och inarbetade kännetecken
HMSO	Her (His) Majesty's Stationery Office, London
Innstilling	Innstilling til lov om varemerker, avgift av den ved kongelig resulusjon av 27. januari 1950 oppnevnte komité, Oslo
JW	Juristische Wochenschrift, Berlin
JZ	Juristenzeitung, Tübingen
KG	Kammergericht
LG	Landgericht
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes von Lindenmaier und Möhring, Kurzausgabe, München und Berlin
MA	Der Markenartikel, Monatsschrift zur Förderung der Qualitätsware, München
Mitt.	Mitteilungen der Deutschen Patentanwälte, München, Köln, Berlin
Mitt. Bl.	Mitteilungsblatt der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, Weinheim a. d. B.
m. weit. Nachw.	mit weiteren Nachweisen
MSchG	Markenschutzgesetz (Schweiz)
MuW	Markenschutz und Wettbewerb, Berlin und Leipzig

NIR	Nordiskt Immateriellt Rättsskydd, Stockholm
NJA	Nordiskt Juridiskt Arkiv, Stockholm
NJW	Neue juristische Wochenschrift, München und Berlin
OGH	Oberster Gerichtshof für die britische Zone
OGHZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die britische Zone in Zivilsachen
OLG	Oberlandesgericht
PatG	Patentgesetz
Prop.	Kungl. Majestäts proposition till riksdagen, Stockholm
Rdn.	Randnote
Reimer	Reimer, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Samling	Samling af Love, Anordninger, offentlige Kundgørelser, ministerielle Cirkulaerer og Skrivelse, Afd. A, København
SFS	Svensk Författningssamling, Stockholm
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung, Heidelberg
SOU	Statens offentliga utredningar, Stockholm
StGH	Staatsgerichtshof
utl.	Första lagutskottets utlåtande, Stockholm
vml	Varumärkeslag (Schweden)
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Berlin und Leipzig
Weber	Weber in Grundrechte, Band II
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb, Düsseldorf und Basel

§§ ohne Angabe eines Gesetzes sind solche
des Warenzeichengesetzes.

Literaturverzeichnis

- | | |
|-------------------------------|--|
| Andreasen | Varemaerkeretten i konkurrenceretlig belysning, Kjøbenhavn 1948. |
| Anschütz | Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 14. Aufl. Berlin 1933, Neudruck Bad Homburg vor der Höhe 1960. |
| Baumbach-Hefermehl | Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Aufl. Berlin und München 1960. |
| Baumbach-Hefermehl | Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Band I Wettbewerbsrecht, 9. Aufl. Berlin und München 1964. |
| Becher | Defensivzeichen sind rechtswidrig, in GRUR 1958, 324. |
| Beier | Grundfragen des französischen Markenrechts, München, Köln, Berlin 1962. |
| Bennett | Trade Marks, Brooklyn N. Y. 1949. |
| Blum | Patentrecht, Marken-, Muster- und Modellschutz, Zürich 1956. |
| Breme | Abwehr- und Vorratszeichen, Benutzungs-
zwang, in GRUR 1950, 17. |
| Brodnitz | Die irische Landfrage, Handbuch der Staatswissenschaften, 3. Aufl. Jena 1911, 5. Band S. 700. |
| Busse | Patentgesetz und Gebrauchsmuster-
gesetz, 2. Aufl. Berlin 1956. |
| Busse | Warenzeichengesetz, 3. Aufl. Berlin 1960. |
| Bussmann-Pietzcker-
Kleine | Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 3. Aufl. Berlin 1962. |
| Callmann | Benutzungszwang für Warenzeichen, in GRUR AT 1958, 560 und 1959, 161. |

- | | |
|----------------------|---|
| Callmann | Vorschläge für eine EWG-MMarke unter Berücksichtigung der Markenprobleme in den USA, in GRUR 1960, 514. |
| Coing | Grundzüge der Rechtsphilosophie, Berlin 1950. |
| David | Kommentar zum schweizerischen Markenschutzgesetz, 2. Aufl. Basel und Stuttgart 1960. |
| Eberstein | Om skydd för individualiteten, Den personliga och den ekonomiska, Stockholm 1940. |
| Endemann | Besprechung des Kommentars von Hagens in JW 1928, 614. |
| Enneccerus-Nipperdey | Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, zweiter Halbband, 15. Aufl. Tübingen 1960. |
| Erasmus | Erfinder- und Warenzeichenschutz im In- und Ausland, Loseblattsammlung, Berlin-Ost, Stand 1956. |
| Ferid | Zur Problematik des Eigentums als Rechtsinstituts, in Das Eigentum im Ostblock, Band 5, Berlin und München 1958. |
| Fikentscher | Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, München und Berlin 1958. |
| Fleiner | Einzelrecht und öffentliches Interesse, Festgabe für Paul Laband zum 50. Jahrestag der Doktorpromotion, 2. Abdruck Tübingen 1925. |
| Fleiner | Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. Tübingen 1928. |
| Forsthoff | Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Erster Band, 8. Aufl. München und Berlin 1961. |

- | | |
|----------------------|---|
| Fox | The Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition, 2. Aufl. Toronto 1956. |
| Freund-Magnus-Jüngel | Das deutsche Warenzeichenrecht, 6. Aufl. Berlin und Leipzig 1933. |
| Friedrich | Schluß mit den Defensivzeichen! in Mitt. 1959, 275. |
| Gewiese | Sklavische Nachahmung, in GRUR 1936, 296. |
| Godenhjelm | Om inarbetande av varumärke, in Defensor Legis 1958, 211. |
| Grönfors | Lagstiftningen mot konkurrensbe-
gränsning, Handelshögskolan i Göte-
borg, Skrifter 1962/4. |
| Hagens | Warenzeichenrecht, Berlin und Leipzig 1927. |
| Hamann | Zur Abgrenzung von Enteignung und Sozialbindung, in NJW 1952, 401. |
| v. Heckel | Verrufserklärung, Handbuch der Staats-
wissenschaften, 3. Aufl. Jena 1911,
8. Band S. 271. |
| Heiding | Om registrerade varumärken och
inarbetade kännetecken, Akademisk
Avhandling, Uppsala 1946. |
| Heiding | Svensk varumärkesrätt, 2. Aufl.
Stockholm 1960. |
| Hubmann | Geistiges Eigentum, in Grundrechte
Band 4, Halbband 1, Berlin 1961. |
| Hude-Olsen | Haandbog i varemaerkeret, København 1946. |

- Ipsen Enteignung und Sozialisierung, in
VVDStRL Heft 10, S. 74.
- Jellinek Verwaltungsrecht, 3. Aufl., unverän-
deter Nachdruck Offenburg 1948.
- Kerly Trade-Marks, 8. Aufl. von Lloyd,
London 1960.
- Kimminich Die Rückwirkung von Gesetzen, in
JZ 1962, 518.
- Knoll Eingriffe in das Eigentum im Zuge der
Umgestaltung gesellschaftlicher Ver-
hältnisse, in AöR Bd. 79, 455.
- Knoph Aandsretten, Oslo 1936.
- Kobbernagel Den nye varemaerkelov, in Det danske
Marked, København, 1928, 205.
- Kohler Warenzeichenrecht, 2. Aufl. Mannheim
und Leipzig 1910.
- v. Kreisler-Ruprecht Benutzungszwang für Warenzeichen, in
GRUR 1954, 434.
- Kruse Das Eigentumsrecht, Berlin und
Leipzig 1931.
- Ladas Entwurf eines Muster-Warenzeichen-
gesetzes, in GRUR AT 1957, 116.
- Levin Lag med vissa bestämmelser mot illojal
konkurrens, Lund 1944.
- Locke Two Treatises of Government, A critical
edition with an introduction and
apparatus criticus by Peter Laslett,
Cambridge 1960.
- v. Mangoldt-Klein Das Bonner Grundgesetz, Bd. I,
2. Aufl. Berlin und Frankfurt 1957.

Maunz	Deutsches Staatsrecht, 12. Aufl. München und Berlin 1963.
Maunz-Dürig	Grundgesetz, Kommentar, Lieferung 1-6, München und Berlin 1963.
Meyer-Cording	Die Rückwirkung von Gesetzen, in JZ 1952, 161.
Mittelstädt	Der unlautere Wettbewerb im Zeichen- recht, in GRUR 1927, 137.
v. Moltke	Die Warenzeichenlizenz in Skandina- vien, in Die Warenzeichenlizenz, rechtsvergleichende Untersuchungen über die gemeinschaftliche Benutzung von Warenzeichen, Prof. Dr. Eugen Ulmer zum 60. Geburtstag gewidmet von Schülern und Assistenten, heraus- gegeben von Dr. F. K. Beier, Prof. Dr. E. Deutsch, Prof. Dr. W. Fikentscher, Köln, Berlin, Bonn, München 1963.
Negro	Das Eigentum, Geschichte und Zukunft, Versuch eines Überblicks, München und Berlin 1963.
Neumayer	Bundesjustizminister zur Geschäftslage des Deutschen Patentamtes, in MA 1954, 459.
Nipperdey	Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, Jena 1920.
Noll	Rechtswidrige Vorkaufsrechte an Grundstücken, in JW 1924, 1900.
Osterrieth	Die Reform des Warenzeichenrechts, in GRUR 1920, 126.
Ott	Das neue schwedische Warenzeichen- gesetz, in MA 1961, 395.

- Pagenkopf Freiheit und Bindung des Eigentums, in NJW 1952, 1193.
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 22. Aufl. München und Berlin 1963, Bearbeiter Hoche (§ 903 BGB).
- Peter Wandlungen der Eigentumsordnung und der Eigentumslehre seit dem 19. Jahrhundert, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Aarau 1949.
- Pinzger-Schröter Das deutsche Warenzeichengesetz, 2. Aufl. München und Berlin 1937.
- Price The English Patents of Monopoly, Cambridge, Harvard University Press 1913.
- Radbruch Rechtsphilosophie, 5. Aufl. Stuttgart 1956, besorgt von E. Wolf.
- Raiser Eigentum (II), in Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, zugleich Neuauflage des Handwörterbuchs der Staatswissenschaften, 3. Band, Stuttgart, Tübingen, Göttingen 1961.
- Reimer Reichsgericht und Patentamt in Warenzeichensachen, in GRUR 1932, 345.
- Reimer Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 3. Aufl. München und Berlin 1954.
- Ridder Enteignung und Sozialisierung, in VVDStRL Heft 10 S. 74.
- Röttger Gedanken zur Schaffung einer EWG-Marke, in GRUR AT 1959, 329.
- Rosenthal Wettbewerbsgesetz, 8. Aufl. Berlin 1930.

- Sandreuter Rechtliche Natur, Entstehung und
Endigung des Markenrechts, Basel 1932.
- Schelcher Gesetzliche Eigentumsbeschränkung und
Enteignung, in AÖR Bd. 18 N.F., S. 321.
- Seligsohn Streitfragen des Zeichenrechts und Stetig-
keit der Rechtsprechung, in GRUR 1927,
636.
- Sieg Das Problem der Gesetzesrückwirkung,
insbesondere bei verfassungsrechtlichen
Normen, in SJZ 1950, 878.
- Spengler Wettbewerb, Recht und Schranken,
Stuttgart 1957.
- Spieß Benutzungszwang für Warenzeichen?
in Betrieb 1949, 417.
- Stoedter Über den Enteignungsbegriff, in DÖV
1953, 97, 136.
- Terrell and Shelley On the Law of Patents, 10. Aufl.
London 1961.
- Tetzner Kommentar zum Warenzeichengesetz,
Heidelberg 1958.
- Thiele Sind Abwehr- und Vorratszeichen er-
forderlich? in GRUR 1949, 268.
- Thommessen Lovene om varemerker og fellesmerker,
Oslo 1961.
- Thorsen Lovbestemmelsene mot utilbørlig
konkurranse, Oslo 1928.
- Uggla Varumärken och konkurrensbegräns-
ningar, in NIR 1960, 248.
- Ule Öffentlicher Dienst, in Grundrechte
Band IV, Halbband 2, S. 537.

- | | |
|---------------|---|
| Ulmer | Warenzeichen und unlauterer Wettbewerb, Berlin 1929. |
| Utescher | Die patentamtliche Rechtsprechung in Warenzeichensachen, in GRUR 1930, 358. |
| Völp | Einfluß des Kartellrechts auf den gewerblichen Rechtsschutz, in WuW 1959, 89. |
| Wassermann | Zeichen, die sich im Verkehr durchgesetzt haben, in GRUR 1929, 1. |
| Weber, W. | Patentablauf und Warenzeichen, in GRUR 1923, 104. |
| Weber, Werner | Eigentum und Enteignung, in Grundrechte Band II, S. 331. |
| Wolff, H.J. | Verwaltungsrecht I, 5. Aufl. München und Berlin 1963. |
| Wolff, Martin | Reichsverfassung und Eigentum, in Festschrift für W. Kahl 1924. |
| Zitting | Om inarbetande av varumärke, in Defensor Legis 1959, 83. |

Skandinavische Gesetzesvorschläge

Dänemark:

Betaenkning vedrørende en ny dansk lov om varemaerker,
Betaenkning Nr. 199 - 1958, København.

Finnland:

Betänkande av varumärkeskommittén, Helsingfors 1960.

Förslag till revision av varumärkeslagstiftningen,
Helsingfors 1946.

Norwegen:

Innstilling til lov om varemerker, avgift av den ved
kongelig resolusjon av 27. januar 1950 oppnevnte
komité, Oslo 1958.

Schweden:

Förslag till varumärkeslag, Statens offentliga utred-
ningar (SOU), 1958:10, Stockholm.

§ 1: Einleitung

Über die Zulässigkeit der sogenannten "unbenutzten Zeichen" herrschte schon seit ihrem ersten Auftauchen Streit, der nie ganz verstummt ist. Er bewirkte eine allmähliche Umstellung der Rechtsprechung und der Auffassungen in der Literatur, in deren Folge die Durchsetzbarkeit solcher unbenutzter Zeichen zunehmend erschwert wurde und als deren Höhe- und augenblicklicher Schlußpunkt die "Dreitannen"-Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 29. März 1960¹⁾ anzusehen ist. Selbst diese bisher weitestgehende Entscheidung hat jedoch für das Problem der unbenutzten Zeichen eine endgültige Lösung nicht gebracht.

§ 2: Gegenwärtige Situation

Veranlassung für diesen jahrzehntelangen Streit ist die zunehmende Überfüllung der Zeichenrolle, die heute besonders in den pharmazeutischen bzw. kosmetischen Warenklassen 2 und 34 schon zu einer fast hoffnungslosen Verstopfung geführt hat und dies, wie schon gesagt wurde, als Folge einer langen Entwicklung²⁾.

So führte Seligsohn schon 1927³⁾ Klage über die Zustände im Markenrecht, kurz darauf äußerte Wassermann⁴⁾, das Warenzeichenrecht sehe heute wesentlich anders aus als das Warenzeichengesetz. Reimer sprach 1932⁵⁾ von dem "Chaos des Warenzeichenrechts, wie wir es heute haben". Nach dem zweiten Weltkrieg machte Spieß⁶⁾ darauf aufmerksam, daß man jetzt Gelegenheit habe, die entspre-

1) BGHZ 32, 133.

2) Miosga in Mitt. 1960, 230; Bussmann-Pietzcker-Kleine, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, S. 109 m. weit. Nachw., S. 129, Tetzner, Kommentar zum Warenzeichengesetz, S. 103, Röttger in GRUR AT 1959, 329 (333).

3) GRUR 1927, 636

4) GRUR 1929, 1

5) GRUR 1932, 345 (346)

6) Betrieb 1949, 417

chenden Gesetzesvorschriften zu ändern, damit Schwierigkeiten der Vorkriegszeit nicht wieder auftauchen könnten. Ihm stimmte Thiele ⁷⁾ zu, indem er bei Weitergeltung der bisherigen Vorschriften den Tag prophezeigte, an dem auch der fähigste Unternehmer nur noch mit den größten Schwierigkeiten ein neues Zeichen finden könne. Er wies insbesondere darauf hin, daß die schon eingetragenen Zeichen bereits das Vielfache unseres gesamten Wort- und Bildschatzes darstellen.

Der damalige Justizminister Neumayer führte im Jahre 1954 ⁸⁾ in einem Vortrag vor dem Deutschen Patentamt aus, vor dem Kriege habe man 16 000 Anmeldungen pro Jahr gezählt, heute (1954) seien es jedoch bereits 25 000. Zwar sei die sich daraus ergebende Intensivierung des Gütegedankens zu begrüßen, jedoch müsse man sich fragen, ob diese Zeichen einem echten wirtschaftlichen Interesse entsprächen oder ob darin nicht nur ein übersteigerter Hang zum Warenzeichenschutz zum Ausdruck komme, der in seinem Ausmaß beunruhigend sei. Treffe der letztere Fall zu, dann seien Überlegungen notwendig, damit man dieser Entwicklung durch Gesetzesänderungen Einhalt gebieten könne.

- A) Die Entwicklung seither hat alle diese Zahlen weit in den Schatten gestellt. Allein in den Jahren 1949 bis 1959 sind 190 000 neue Zeichen angemeldet worden ⁹⁾ und bis heute sind keine Anzeichen für eine rückläufige Bewegung erkennbar. Daher kann es auch nicht wunder nehmen, wenn v. Kreisler-Ruprecht ¹⁰⁾ schon 1954 äußerten, jeder in der Praxis Stehende wisse, daß es außerordentlich schwierig sei, ein neues Zeichen zur Anmeldung zu bringen. Aus einem Aufsatz von Süner ¹¹⁾ zitieren sie eindrucksvolle Zahlen: in der Zeit vom 1. Oktober 1948 bis zum 31. Dezember 1952 waren insgesamt 98 356 Anmeldungen beim Deutschen Patentamt eingegangen, an denen die

7) GRUR 1949, 268

8) MA 1954, 459

9) Busse, Warenzeichengesetz, S. 2

10) GRUR 1954, 434

11) Der Aufsatz ist in der Zeitschrift "Chemische Industrie", Jahrgang 1953, S. 186 unter dem Titel "Chemische Warenzeichen im Spiegel der Zahlen" enthalten.

pharmazeutische Klasse 2 mit 13 711 Anmeldungen beteiligt war. Von diesen waren in dem Zeitpunkt, in dem dieser Aufsatz geschrieben wurde, 6 380 Anmeldungen zurückgewiesen oder zurückgenommen und nur 4 664 hatten zur Eintragung des Zeichens geführt. Nach seinen - Sünner's - Schätzungen wird in der Klasse 2 gegen 70 von 100 Anmeldungen Widerspruch eingelegt, davon in etwa der Hälfte der Fälle auf Grund nur eines älteren Zeichens, in der anderen Hälfte auf Grund von 2 - 10 älteren Zeichen. Er nimmt daher zwischen den Eintragungen und den Zurückweisungen und -nahmen ein Verhältnis von, auf Hundert umgerechnet, 41 : 59 an. Ähnliche Zustände berichtet er von der kosmetischen Klasse 34 ¹²⁾. An anderer Stelle ¹³⁾ berichtet v. Kreisler selbst, nach seinen Erfahrungen gelangten durchschnittlich von 10 Anmeldungen nur 1 - 2 zur Eintragung.

Dies außergewöhnliche Ansteigen der Anmeldungen und die daraus folgende zunehmende Verstopfung der Zeichenrolle hat mehrere Gründe:

- 1) Einmal ist es die schon von Neumayer ¹⁴⁾ erwähnte Intensivierung des Gütegedankens. Wir leben heute im Zeitalter des Wettbewerbs, jeder will und muß besser als der Andere zu sein versuchen, um seinen Platz zu behaupten. Das Wort "Markenware" ist ein Begriff geworden und soll zu einer guten Position in der Konkurrenz verhelfen. Es ist nur natürlich, daß sich dies Bestreben in einer immer höheren Zahl von Anmeldungen auswirkt ¹⁵⁾. Schließlich kommt es in unserer Zeit, die man geradezu als das Zeitalter des Schlagworts bezeichnen könnte und in dem jeder Konsument täglich einer Fülle solcher Schlagworte durch Reklame in Zeitungen, Radio, Film usw. ausgesetzt ist, darauf an, besonders einfallsreich und einprägsam zu werben, da sich der abgestumpfte Verbraucher sonst oft schon gar nicht mehr ansprechen läßt; und kaum etwas eignet sich dafür besser als ein Warenzeichen.

12) Callmann in GRUR AT 1958, 560 bringt ähnliches Zahlenmaterial.

13) Mitt. Bl. 1954, 87 (88)

14) MA 1954, 459

15) Gleiches gilt für das schwedische Recht, vgl. NJA II 1960 S. 196; SOU 1958: 10 S. 29 ff.

- 2) Hinzu kommt die Tatsache, daß ein Zeichen vom Zeitpunkt der Eintragung an seinem Inhaber eine sehr starke Stellung vermittelt. Das Warenzeichengesetz umgibt nach dem Grundsatz der Entwicklungsbegünstigung ein eingetragenes Zeichen mit einem formalen Schutz, der an das Grundbuchrecht erinnert oder, wenn man so will, an Feldvermessung ¹⁶⁾. In dieses geschützte Gebiet, den sogenannten Verwechslungsbereich, darf kein Konkurrent einbrechen (§ 31). Es ergibt sich also gewissermaßen das Bild eines Mosaiks von Zeichenbereichen, die aneinander angrenzen wie Grundstücke oder Felder, wobei jeweils nur dem Inhaber das ausschließliche Nutzungsrecht zusteht.

Diese vom Gesetz so geschützte, starke Position hat Wettbewerber immer wieder in die Versuchung gebracht, sich ihrer Warenzeichen auch im Bereich anderer Rechtsgebiete zu bedienen, für die sie nach dem Gesetz nicht bestimmt sind. Als Beispiel sei hier das Patentrecht erwähnt:

Es ist im allgemeinen unstreitig, daß das Patentrecht und das Warenzeichenrecht ganz verschiedene Ziele verfolgen ¹⁷⁾. Das Warenzeichen soll ein zeitlich unbegrenztes Ausschlußrecht schaffen (§ 9 Abs. 1, 2 WZG), beim Patentschutz handelt es sich um einen auf 18 Jahre begrenzten Schutz für eine neue Erfindung (§ 10 Abs. 1 PatG). Die zeitliche Begrenzung erfolgt, weil man die Auswertung neuer Ideen nicht durch einen unbegrenzten Patentschutz hindern will ¹⁸⁾. Berührungspunkte finden sich jedoch beispielsweise dort, wo eine patentierte Erfindung unter einem Warenzeichen in den Handel gebracht wird. Dies gilt insbesondere für die chemisch-pharmazeutische Industrie. Nach § 1 Abs. 2 S. 2 Patentgesetz können chemische Zusammensetzungen nicht patentiert werden, man kann nur das Herstellungsverfahren schützen lassen.

Bringt also ein Betrieb ein neues Medikament unter einem Warenzeichen in den Handel und ist dies nach einiger Zeit und vor allem

-
- 16) Osterrieth in GRUR 1920, 40 (41), Ulmer, Warenzeichen und unlauterer Wettbewerb S. 63, 66; Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Rdn. 14 zu § 1; Tetzner S. 103, Busse S. 50.
- 17) Kloeppel in JW 1921, 1535; Weber in GRUR 1923, 104
- 18) Busse, Patentgesetz S. 205 für alle.

nach gehöriger Werbung bekannt geworden, dann hilft es der Konkurrenz nicht viel, wenn sie nach einem anderen Verfahren ein Mittel gleicher Zusammensetzung und Wirkung herstellt und nach Ablauf der Schutzfrist sich sogar des gleichen Herstellungsverfahrens bedienen darf, denn es ist ihr verwehrt, sich des gleichen Warenzeichens zu bedienen. Sie muß ihr Medikament ihrerseits unter einem anderen Warenzeichen in den Handel bringen und es ebenso bekannt zu machen versuchen, wie das erstere und das dürfte bei einem sehr bekannt gewordenen Zeichen wie z.B. Aspirin beträchtliche Schwierigkeiten bereiten, zumal die Frage, ob in Deutschland der Konkurrenz die sogenannte vergleichende Werbung erlaubt ist, augenblicklich stark umstritten ist ¹⁹⁾.

Das eben Gesagte gilt besonders auf diesem Gebiet der Arzneimittelherstellung, da die technischen Bezeichnungen dieser Präparate häufig sehr lang und kompliziert sind, so daß die Hersteller gezwungen sind, ihre Mittel unter einer geläufigeren Bezeichnung, und zwar zweckmäßig einem Warenzeichen, in den Handel zu bringen.

Da das Warenzeichen unbegrenzt verlängert werden kann, ergeben sich unbeabsichtigte und unerwünschte Folgen für den Patentschutz, der auf 18 Jahre beschränkt sein soll. Das hat zu lebhaften Diskussionen geführt und man hat Maßnahmen gefordert, um diese Nebenwirkungen in Zukunft zu verhindern; schließlich ist jedoch nichts unternommen worden, weil die überwiegende Meinung die war, daß dies letztlich auch als ehrlicher Wettbewerb angesehen werden müsse. Wenn der erste Produzent für die Werbung Kosten aufzubringen gehabt habe, könne dies auch von seinen Konkurrenten verlangt werden ²⁰⁾. Ähnliche Versuche finden sich auch in anderen Rechtsgebieten, jedoch kann hier nicht näher darauf eingegangen werden ²¹⁾.

19) Vgl. hierzu nur Baumbach-Hefermehl (Bd. I, 9. Aufl.), Rdn. 19 ff. zu § 1 UWG, Busse S. 41 und besonders Reimer, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht S. 544, 548 ff. m. weit. Nachw.

20) Weber in GRUR 1923, 104; Kloeppel in JW 1921, 1535.

21) Man hat z. B. auch versucht, mit Hilfe des Warenzeichens auf dem Gebiet des Kartellrechts zu operieren, etwa um ausländische Alleinverkaufsrechte zu schützen, allerdings, soweit ersichtlich, noch nicht in Deutschland. In GRUR AT 1957, 259 und 1961, 292 finden sich einige interessante Beispiele aus dem schwedischen und holländischen Recht.

- 3) Schließlich ist auch das Fehlen eines Benutzungszwanges im deutschen Warenzeichenrecht an der Überlastung der Zeichenrolle schuld. § 1 WZG spricht nur davon, daß man ein Zeichen benutzen "will", setzt also bei der Anmeldung nur eine Absicht zur Benutzung voraus und normiert keinen Zwang. Das wird denn auch in der Literatur einhellig bestätigt ²²⁾, obwohl man betont, daß ein Zeichen seine bestimmungsgemäße Verwendung nur im Gebrauch finden könne und der durch die Eintragung verlangte Schutz nur der Entwicklungsbe-günstigung dienen solle ²³⁾.

Da dieser Wille zur Benutzung als ein subjektives Moment nicht nachprüfbar ist, werden neu angemeldete Zeichen, wenn nicht andere Gesichtspunkte entgegenstehen, eingetragen. Auf diese Weise konnten sich die unbenutzten Zeichen entwickeln. Es handelt sich um die Vorrats- und die Abwehr- oder Defensivzeichen, auf die im Folgenden näher eingegangen wird.

Der Zulässigkeit dieser Zeichen ist die Überlastung der Zeichenrolle hauptsächlich zuzuschreiben, die unter 1) und 2) genannten Momente spielen daneben eine untergeordnete Rolle. Das ergibt sich z. B. schon aus der oben zitierten Bemerkung, daß heute bei der Hälfte aller Widersprüche mehrere Zeichen ins Feld geführt werden ²⁴⁾, bei denen es sich, wie noch ausgeführt werden wird, um solche unbenutzten Zeichen handelt, und findet nur seine Bestätigung, wenn v. Kreisler-Ruprecht von Hunderten von unbenutzten Zeichen sprechen, die viele Firmen besitzen ²⁵⁾.

Die gleichen Erscheinungen sind auch in den skandinavischen Ländern beobachtet worden, daß etwa Massenregistrierungen zu reinen Sperrzwecken vorgenommen werden oder nur aus Gewinnsucht, weil die Inhaber derartiger Marken sich die Einwilligung zur Eintragung verwechslungsfähiger Zeichen abkaufen lassen, ganz abgesehen von

22) Baumbach-Hefermehl Rdn. 14 zu § 1; Tetzner S. 97; Reimer S. 23

23) Pinzger-Schröter, Das deutsche Warenzeichengesetz, S. 23; Tetzner S. 103; Baumbach-Hefermehl Rdn. 14 zu § 1; Busse S. 50; Kohler, Warenzeichenrecht, S. 147.

24) Vgl. Anm. 11

25) GRUR 1954, 434 (435); vgl. auch RG in MuW 1920, 108 und BGHZ 10, 211.

der auch dort üblichen Registrierung von Vorrats- und Defensivzeichen ²⁶⁾.

Hierbei ist nicht nur festzuhalten, daß die geschilderte Überfüllung vornehmlich den unbenutzten Zeichen zuzuschreiben ist, sondern weiter auch zu betonen, daß es sich bei diesem ärgsten Übel unseres Warenzeichenrechts um Zeichen handelt, die diese Registrierung gar nicht verdienen.

Die hier unter 1) und 2) beschriebenen Erscheinungen des Zeichenrechts sind ganz anderer Natur: mag der Markt mit noch mehr Schlagworten überfüllt werden oder mag der Patentschutz verlängert werden, so ist doch festzuhalten, daß es sich in diesen Fällen um benutzte Zeichen handelt, die ihre bestimmungsgemäße Funktion erfüllen. Das kann von den Vorrats- und Defensivzeichen gerade nicht behauptet werden, denn der aus der Eintragung fließende Schutz soll nur die Entwicklung der Marke begünstigen und wird hier ohne jeden Nutzen gewährt ²⁷⁾. Sie können nur deshalb in der Rolle verbleiben, weil das Gesetz nach seinem jetzt geltenden Wortlaut keine Handhabe gegen sie gewährt.

Damit wird die Auffassung derer widerlegt, die meinen, das deutsche Zeichenrecht enthalte mindestens einen abgeschwächten Benutzungszwang, den sie aus § 11 WZG entnehmen wollen. So weisen Baumbach-Hefermehl ²⁸⁾ auf den Wortlaut des § 11 Abs. 1 Ziff. 3 hin, nach dem ein Zeichen auch dadurch irreführend werden kann, daß es unbenutzt in der Zeichenrolle steht, während ein jüngeres Zeichen sich im Verkehr durchgesetzt hat und bemängeln an der "Goldina"-Entscheidung des Reichsgerichts ²⁹⁾ den umständlicheren Weg über die §§ 1 UWG, 826 BGB, da nach ihrer Meinung

26) Vgl. hier die Ausführungen im schwedischen Reichstag in Prop. 1960: 167 auf S. 149 sowie utl. 1960: 39 auf S. 30 ff.

27) Vgl. hierzu die temperamentvollen Ausführungen Pouilllets, abgedruckt bei Beier, Grundfragen des französischen Markenrechts, S. 118; sowie Becher in GRUR 1958, 324 (325) und Friedrich in Mitt. 1959, 275 (279).

28) Rdn. 25 zu § 11; vgl. auch Spengler, Wettbewerb S. 39, Tetzner S. 95.

29) RGZ 111, 192

die Löschung schon nach § 11 hätte erfolgen müssen ³⁰⁾.

Dagegen ist jedoch auffallend, daß Rechtsprechung und Literatur sich nicht auf diese Vorschrift berufen haben, um einen solchen abgeschwächten Benutzungszwang zu schaffen bzw. einen solchen zu fordern. Vielmehr hat der Bundesgerichtshof nur in ganz bestimmten engen Grenzen aus dieser Vorschrift verurteilt ³¹⁾. Schließlich ist bisher auch noch von keiner Seite behauptet worden, daß man mit Hilfe dieser Vorschrift einen wirklichen Benutzungszwang erreichen könnte.

- a) Vorratszeichen werden angemeldet, obwohl im Zeitpunkt ihrer Anmeldung ein Bedürfnis für sie nicht besteht ³²⁾. Sie sollen für bestimmte Zwecke vorrätig gehalten werden, damit man ggf. sofort auf sie zurückgreifen kann und nicht erst dann das oft langwierige und komplizierte Eintragungsverfahren in Gang bringen muß, wodurch unwiederbringliche Zeit verloren gehen kann oder beispielsweise auch der Vorsprung vor der Konkurrenz, außerdem amortisieren sich die Entwicklungskosten natürlich schneller, wenn man sofort mit dem Verkauf beginnen kann ³³⁾.

Ein Bedürfnis für solche Zeichen besteht vornehmlich in der chemisch-pharmazeutischen und in der Tabakindustrie, wo ständig an der Entwicklung neuer Medikamente, Mischungen usw. gearbeitet wird ³⁴⁾. Entwicklungskosten und Zeitaufwand sind hier oft beträchtlich, außerdem ist die Konkurrenz besonders heftig. Ein Bedürfnis nach solchen Vorratszeichen ist daher an sich gegeben, zumal hier ein Wille zur Benutzung, wie ihn das Gesetz unterstellt,

30) Vgl. aber auch Baumbach-Hefermehl, Rdn. 4a Übbl. vor § 15; Tetzner S. 112; OLG Hamburg in WRP 1957, 368.

31) Vgl. z.B. GRUR 1959, 25

32) Rosenthal, Wettbewerbsgesetz, S. 231; Tetzner S. 97; Reimer S. 23; Beier S. 161 ff.; Baumbach-Hefermehl Rdn. 15 zu § 1; Röttger in GRUR AT 1959, 329 (334).

33) RGZ 97, 90; KG in GRUR 51, 414 (415).

34) RG in JW 1928, 2084; Reimer S. 23, 247; Bussmann-Pietzcker-Kleine S. 170, LG München in GRUR 1955, 308; Freund-Magnus-Jüngel, Das deutsche Warenzeichenrecht, S. 659; Rosenthal S. 232.

vorhanden ist, selbst wenn er nicht unmittelbar nach der Eintragung in die Tat umgesetzt wird.

- b) Eine andere Aufgabe haben die Abwehr- oder Defensivzeichen zu erfüllen. Sie werden überhaupt nicht im Verkehr zur Kennzeichnung gebraucht, ihr Daseinszweck beschränkt sich auf das Eingetragensein in der Zeichenrolle. Der Grund für ihr Bestehen ist der Umfang des Verwechslungsbereichs (§ 31), der natürlich nicht unveränderlich feststeht, sondern jeweils im Einzelfall der Nachprüfung durch die Gerichte unterliegt³⁵⁾. Um nun dafür zu sorgen, daß nicht die Gerichte durch eine zu enge Auslegung des Verwechslungsbereichs dem eigenen Zeichen lästige Konkurrenz bereiten oder gar Schaden zufügen können, nimmt man die Defensivzeichen zur Hilfe, die vermöge ihres eigenen Verwechslungsbereichs als eines eingetragenen Zeichens den des allein benutzten Zeichens, des sogenannten Hauptzeichens, in erweitertem Umfang schützen sollen³⁶⁾.

- B) Diese unbenutzten Zeichen sind erst zu einem ernstlichen Problem geworden, als allmählich eine Entwicklung einsetzte, die nur als Horten oder Hamstern von Zeichen bezeichnet werden kann. So hatte schon im Jahre 1926 das Zeichen "Maggi" 26 und das Zeichen "Vim" 39 Defensivzeichen, die Zeichen "Odol" und "o.b." wurden sogar schon 1902 durch 24 bzw. 44 Abwehrzeichen geschützt³⁷⁾, die Firma Neuerburg besaß 1927 insgesamt 71 Vorratszeichen³⁸⁾. Dies

35) Baumbach-Hefermehl Rdn. 16 zu § 1; Reimer S. 24, 249; Pinzger-Schröter S. 140; Tetzner S. 100; RG in MuW 1926, 177.

36) RG in MuW 1924, 63; Friedrich in Mitt. 1959, 275 (276); RGZ 112, 160; 114, 360; RG in GRUR 1926, 168 (170); Rosenthal S. 229; Schwartz in Mitt. Bl. 1954, 87 (88); Thiele in GRUR 1949, 268.

37) Tetzner S. 101 m. weit. Nachw. Im übrigen wird gerade das Zeichen "Maggi" in der skandinavischen Literatur häufig als das typische Beispiel für Massendefensivzeichen aufgeführt, vgl. Hude-Olsen, Haandbog i varemaerkeret, S. 9; Instilling S. 26; Knoph, Andsretten, S. 469; ähnlich das Zeichen "Moa", vgl. hierzu Andreasen, Varemaerkeretten i konkurrenceretlig belysning, S. 233.

38) RG in GRUR 1927, 236 (239); vgl. auch Seligsohn in GRUR 1927, 636 (642) und BGH in GRUR 1957, 224.

sind nicht etwa Einzelvorkommnisse, sondern nur Beispiele für eine ganz allgemein Platz greifende Entwicklung ³⁹⁾. Es leuchtet ein, daß die Eintragung neuer Zeichen dadurch immer stärker erschwert werden mußte.

Dabei ist im Ergebnis der Unterschied zwischen den beiden Arten von Zeichen nicht allzu groß. Die Defensivzeichen sollen überhaupt nicht im Verkehr zur Kennzeichnung von Waren benutzt werden und erfüllen schon damit nicht den Zweck, für den eine Marke nach dem Willen des Warenzeichengesetzes bestimmt ist ⁴⁰⁾.

Die Vorratszeichen sollen dagegen zwar in Zukunft im Bedarfsfall in Gebrauch genommen werden, so daß hier an sich der vom Gesetz vorausgesetzte Benutzungswille unterstellt werden kann. Wenn aber Vorratszeichen jahrzehntelang ⁴¹⁾ unbenutzt in der Rolle stehen, wird dieser Benutzungswille fragwürdig; vor allem ist aber die Wirkung die gleiche wie bei den Defensivzeichen. Die Zeichenrolle wird jahrzehntelang für die Eintragung verwechslungsfähiger Marken gesperrt, obwohl ein Recht darauf nicht bzw. nicht mehr zugebilligt werden kann ⁴²⁾.

§ 3: Bisher getroffene Maßregeln

Die Rechtsprechung ist jedoch trotz dieser geschilderten Tatsachen und trotz aller Angriffe bis hin zur jüngsten Entscheidung ⁴³⁾ nicht

39) v. Kreisler-Ruprecht in GRUR 1954, 434 (437), Bussmann-Pietzcker-Kleine S. 109; Pinzger-Schröter S. 140; Freund-Magnus-Jüngel S. 661.

40) Das wird von den Gegnern des Defensivzeichens auch ständig betont, wobei man mit deutlichen Worten nicht spart, siehe z. B. Thiele in GRUR 1949, 268 (269) und Osterrieth in GRUR 1920, 40.

41) RGZ 111, 192; 25 Jahre; RG in GRUR 1920, 304; 20 Jahre; BGH in GRUR 1957, 224; 28 Jahre; RGZ 134, 38; 50 (!) Jahre.

42) Vgl. Anm. 39 sowie Bock in LM Nr. 11 zu § 1; Friedrich in Mitt. 1959, 275 (279); Becher in GRUR 1958, 324; Baumbach-Hefermehl Rdn. 11 zu § 1; Rosenthal in GRUR 1926, 184; BGH in GRUR 1957, 365 (367).

43) BGHZ 32, 133

bereit gewesen, die Defensivzeichen bzw. die lange unbenutzt gewesenen Vorratszeichen rigoros zu unterbinden. Sie hat vielmehr nur der Durchsetzung solcher Zeichen immer größere Hindernisse entgegengestellt. Diese Entwicklung ist im Folgenden darzustellen; sie gibt ein beredtes Bild von den Schwierigkeiten, die das geltende Gesetz mit sich gebracht hat.

- 1a) Die Vorratszeichen wurden ursprünglich ohne Einschränkung für zulässig erklärt ⁴⁴⁾. Ganz allgemein vertrat man die Auffassung, daß der Formalschutz mit der Eintragung entstehe und Vorratszeichen daher nicht anders behandelt werden dürften als die im Verkehr benutzten Hauptzeichen. Dies änderte sich freilich, als man feststellen mußte, daß mit den Vorratszeichen in erheblichem Maße Mißbrauch getrieben wurde. Der weitherzig gewährte Schutz öffnete der Hamsterei Tür und Tor mit der Folge, daß viele Zeichen überaus lange in der Zeichenrolle standen, weil es für eine so große Zahl von Zeichen in absehbarer Zeit keine Verwendungsmöglichkeit geben konnte ⁴⁵⁾. Dennoch wurden sie z. T. nach Jahrzehnten nutzloser Registrierung einer Neuanmeldung entgegengehalten ⁴⁶⁾, Beschränkungen waren daher unausbleiblich.
- b) So wurde zunächst in jedem Fall der Nachweis eines schutzwürdigen Interesses gefordert. Formal betrachtet hätten zwar benutzte und unbenutzte Zeichen gleiche Rechte, jedoch müsse bedacht werden, daß ein Hauptzeichen im Gegensatz zum Vorratszeichen schon Geltung im Verkehr erlangt habe ⁴⁷⁾. Nur der Nachweis dieses besonderen schutzwürdigen Interesses rechtfertige es daher, dem nicht benutzten Zeichen den Vorrang vor dem benutzten zu geben.

44) RGZ 18, 93; 69, 376 (379); 97, 90, 302 (305); Reimer in GRUR 1932, 345; Callmann in GRUR AT 1959, 161 (162); Beier S. 161 ff.

45) Baumbach-Hefermehl Rdn. 15 zu § 1 schließen auch die Möglichkeit nicht aus, daß die Inhaber solcher Zeichen sich spätere gutgläubige Benutzer ersatzpflichtig machen wollten.

46) Vgl. Anm. 41 und Beier S. 139/140.

47) Busse S. 49, Tetzner S. 95, Pinzger-Schröter S. 139, 158; LG Düsseldorf in GRUR 1953, 179 m. Anm. v. Kreisler, RG in GRUR 1926, 77; 1929, 932 (933); 1933, 236; BGH in Blatt 1957, 154 (155); Rosenthal S. 232.

- c) Im weiteren brach sich die Erkenntnis Bahn, daß das Warenzeichenrecht nur ein Teilgebiet des allgemeinen Wettbewerbsrechts ist ⁴⁸⁾; das Oberlandesgericht Hamburg kam in einer Entscheidung ⁴⁹⁾ sogar zu dem Schluß, daß das Warenzeichenrecht im Dienst des Wettbewerbsrechts stehe. Demnach unterliege es auch dessen allgemeinen Regeln, die in den §§ 1 UWG, 242, 826 BGB enthalten seien. Gewiese ⁵⁰⁾ bezeichnete § 1 UWG als den kategorischen Imperativ des Warenzeichenrechts. Das Wettbewerbsrecht habe die Funktion eines "Rechts höherer Ordnung" ⁵¹⁾.

Gegen diesen Begriff eines Rechts höherer Ordnung hat sich Ulmer ⁵²⁾ mit der Befürchtung gewandt, daß man das Warenzeichenrecht dann nur noch als ein minderes Recht ansehen könne, womit aber das Registersystem seine Berechtigung weitgehend verlieren würde. Diese Befürchtung erscheint grundlos. In jedem Rechtsgebiet finden sich Normen, die den Rechtsverkehr auf Treu und Glauben oder auf die Verkehrssitte oder auf die Handlungsweise eines redlichen Kaufmannes festlegen und die insoweit Einzelnormen, die im speziellen Fall sonst zu einer unbilligen Härte führen würden, einschränken. Nur in dieser Bedeutung kann auch hier von einem Recht höherer Ordnung gesprochen werden. Für die Befürchtung, das Warenzeichenrecht könne zu einem Recht minderer Ordnung oder Bedeutung werden, bleibt demnach kein Raum.

- d) Aus dieser Erkenntnis ergaben sich zwangsläufig bestimmte Folgen. Wenn auch der rein zeichenrechtliche Bestand trotz einer längeren Periode der Nichtbenutzung nicht angetastet werden könne, so müßten doch die allgemeinen Regeln des Wettbewerbs die praktische

48) Andreasen S. 161 betrachtet den Zeichenschutz als Unterabteilung (underafdeling) des Konkurrenzschutzes, ähnlich NJA 1960 II S. 211.

49) JW 1927, 774

50) GRUR 1936, 297

51) Reimer in GRUR 1932, 345, Endemann in JW 1928, 615, Utescher in GRUR 1930, 358 (371); Rosenthal S. 146, 203 und in JW 1927, 108; OLG Hamburg in JW 1927, 774 m. Anm. Cahen; RG in JW 1928, 2084 (2085); RGZ 104, 250 (254).

52) Warenzeichen und unlauterer Wettbewerb, S. 67.

Durchsetzung solcher Zeichen erschweren oder verhindern. Sei ein Zeichen längere Zeit nicht benutzt worden, so hafte ihm eine gewisse wettbewerbliche Schwäche an ⁵³⁾. Man erkannte es als unbillig, einem Zeicheninhaber die Berufung auf sein formales Zeichenrecht zu gestatten und dadurch einem Dritten plötzlich nach vielen Jahren nutzloser Registrierung den Zutritt zur Rolle zu versperren. In solchen Fällen wurde angenommen, daß der Zeicheninhaber sein Recht aus dem Zeichen verwirkt habe, selbst wenn das Zeichen als solches mangels gesetzlicher Handhaben weiter in der Rolle belassen werden müsse ⁵⁴⁾.

- e) Eine weitere Folge langdauernder Nichtbenutzung kann die Erschwerung der Beweisführung sein. Bei der Anmeldung eines Zeichens wird unterstellt, daß der Anmelder den Willen hat, das Zeichen in Benutzung zu nehmen. Daher hat in einem Lösungsprozeß regelmäßig der Kläger darzutun und zu beweisen, daß der vom Gesetz unterstellte Benutzungswille beim Beklagten nicht vorhanden sei.

Hat aber der Beklagte sein Zeichen während eines längeren Zeitraums nicht benutzt, so kann der Zeitpunkt kommen, wo man es dem Beklagten nicht mehr ohne weiteres abzunehmen vermag, daß er den Benutzungswillen noch habe. Man kann dann billigerweise verlangen, daß er beweist, daß er trotz der langen ungenutzt verstrichenen Zeit noch den Willen hat, das Zeichen in Benutzung zu nehmen ⁵⁵⁾.

Wie weit dies im einzelnen geht, ist bestritten. Manche wollen als Folge der Nichtbenutzung geradezu eine Umkehrung der Beweislast eintreten lassen ⁵⁶⁾, nicht nur eine Erschwerung der Beweisführung.

-
- 53) Tetzner S. 97, 103; OLG Hamburg in GRUR 1949, 375 (379); BGH in LM Nr. 3 zu § 1; Spengler S. 45, Baumbach-Hefermehl Rdn. 15 zu § 1, Reimer S. 248, Freund-Magnus-Jüngel S. 662.
- 54) Spieß in Betrieb 1949, S. 417; Spengler S. 39 m. weit. Nachw., S. 45; Pinzger-Schröter S. 22, Reimer S. 248, Beier S. 129; RG in JW 1928, 2084 (2085); 1930, 1694; in GRUR 1942, 328 (329); BGH in Blatt 1957, 154.
- 55) Rosenthal S. 51, Reimer S. 126, Pinzger-Schröter S. 140, Tetzner S. 97, 103.
- 56) Busse S. 49, Tetzner S. 103.

Dieser Ansicht wird jedoch entgegeng gehalten, eine Umkehrung der Beweislast sei hier begrifflich nicht denkbar, da der zeichenrechtliche Bestand als solcher nicht angreifbar sei; es lasse sich mit der formalen Unantastbarkeit des Zeichenrechts nur die Forderung vereinbaren, daß der Inhaber nach längerer Nichtbenutzung seines Zeichens zu erklären habe, ob er noch ein schutzwürdiges Interesse am Fortbestand des Zeichens habe, m. a. W. ob er das Zeichen wirklich noch benutzen wolle⁵⁷⁾.

Grundsätzlich besteht heute also Einigkeit darüber, daß der Inhaber eines Zeichens sich nicht auf das einmal erworbene Zeichenrecht verlassen, sondern daß er durch sein eigenes Verhalten den ihm unterstellten Benutzungswillen unglaublich machen kann und dann erst nachweisen muß, daß der ihm unterstellte Benutzungswille doch noch vorhanden ist.

- f) In einem Teil der Literatur wird darüber hinaus vorgeschlagen, objektive Maßstäbe für den Gebrauchswillen des Zeicheninhabers aufzustellen. Ob er noch weiterhin die Absicht hat, sich des für ihn eingetragenen Zeichens zur Kennzeichnung seiner Waren zu bedienen, soll sich aus Art und Größe seines Betriebes, Zahl der unbenutzten Zeichen, Ingebrauchnahme neuer Zeichen, Gründen und Dauer der Nichtbenutzung usw. ergeben⁵⁸⁾.

Solche Maßstäbe mögen in bestimmten Grenzen anwendbar sein, beispielsweise wenn ein kleineres Werk, das jährlich zwei neue Zeichen in Gebrauch nimmt, 70 oder 80 unbenutzte Zeichen besitzt⁵⁹⁾, denn hier wird sich ein prima facie-Beweis dafür ergeben, daß eine Absicht zum Gebrauch aller Zeichen in absehbarer Zeit gar nicht vorhanden sein kann. Nur aus solchen Tatsachen allein lassen sich jedoch in der Regel keine Schlußfolgerungen ziehen.

57) Rosenthal S. 51, 53; Tetzner S. 95 ff., 107, Reimer S. 126, Busse S. 49, Baumbach-Hefermehl Rdn. 15 zu § 1, Hagens, Warenzeichenrecht, S. 188; BGH in Blatt 1957, 154 und in GRUR 1957, 224.

58) Pinzger-Schröter, S. 140, Reimer S. 248, Baumbach-Hefermehl Rdn. 15 zu § 1, Tetzner S. 95.

59) Anders wäre es mit einer gleich großen Zahl unbenutzter Zeichen bei Großfirmen, vgl. hierzu RG in GRUR 1927, 236 (239).

Vor allem aber versagen solche Maßstäbe in der großen Mehrzahl der Fälle, wo die Anzahl der unbenutzten Zeichen nicht gänzlich aus dem Rahmen des Geschäftsbetriebes fällt. Sie sind für den Einzelfall nicht bestimmt genug und eignen sich bestenfalls als Indiz, aber kaum als Urteilsgrundlage.

Wie die vorstehend geschilderte Entwicklung zeigt, sind die Anforderungen strenger geworden und haben manche Schwierigkeit mit sich gebracht, damit ist aber die Unsicherheit nur vergrößert worden. Das liegt vorwiegend daran, daß nur solche unbestimmten Rechtsbegriffe wie Verwirkung, Erschwerung der Beweisführung, Recht höherer Ordnung angewandt werden und die Rechtsprechung sich bislang nicht dazu hat entschließen können, Vorratszeichen nach Ablauf eines gewissen Zeitraums aus der Rolle zu entfernen.

Man kann daher nicht umhin festzustellen, daß trotz aller Bemühungen bisher die Schwierigkeiten nicht beseitigt werden konnten; es hat auch nicht den Anschein, als wäre dies auf dem bisher beschrittenen Wege überhaupt möglich. Denn einmal sind, wie schon ausgeführt, die Regeln zu unbestimmt, als daß sie im Einzelfall als Grundlage einer Entscheidung und einer darauf aufgebauten festen Rechtsprechung taugten. Zum anderen ist aber ein wesentlicher Mangel des bisher beobachteten Verfahrens der, daß ein Zeichen selbst dann, wenn seinem Inhaber die Geltendmachung seiner Rechte aus diesem Zeichen verwehrt worden ist, als solches unangetastet in der Zeichenrolle stehen bleibt. Das bedeutet nämlich, daß jeder Nächste, der ein Zeichen anmelden möchte, das nach Meinung des Zeicheninhabers seine unbenutzte Marke verletzt, sich wiederum auf einen Prozeß einlassen muß. Dabei könnte sich die nächste Gegenpartei noch nicht einmal darauf berufen, daß durch frühere rechtskräftige Urteile festgestellt worden sei, daß das Zeichen verwirkt sei, daß ein Benutzungswille nicht mehr angenommen werden könne o. ä.; denn frühere Urteile wären für diesen Prozeß unerheblich, da sie nur Rechtskraft zwischen den Parteien wirken (§ 325 ZPO). Auf Grund der Unbestimmtheit der angewandten Regeln, wäre es hierbei schließlich noch denkbar, daß das nunmehr entscheidende Gericht einen entgegengesetzten Standpunkt vertritt und dem unbenutzten Zeichen alle Rechte zubilligt.

Es sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, wie merkwürdig es anmuten muß, daß ein Zeichen selbst dann unangetastet weiter eingetragen sein

darf, wenn durch rechtskräftige Urteile entschieden worden ist, daß dessen Inhaber den Gebrauchswillen nicht hat oder daß dem Recht aus dem Zeichen die Verwirkung entgegen steht o. ä., obwohl z. B. das Gesetz den Gebrauchswillen gerade als Voraussetzung für die Eintragung aufstellt. Man mag dies mit dem unantastbaren formalen Zeichenrecht begründen, zu befriedigen vermag dies Ergebnis jedoch nicht.

- 2) Ähnliches wie das oben Gesagte gilt auch für die Defensivzeichen, auf die im Folgenden eingegangen werden soll:
- a) Ursprünglich wurden auch gegen sie weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung Bedenken erhoben⁶⁰⁾. Sie wurden teils sogar ausdrücklich befürwortet, weil wertvolle Zeichen, die Verkehrsgeltung erlangt hätten und einen gesicherten Besitzstand darstellten, so gründlich wie möglich vor Mißbrauch und Verwässerung geschützt werden mußten⁶¹⁾, und auch durch eine engherzige Rechtsprechung nicht in Gefahr gebracht werden dürften⁶²⁾. Leider ermunterte man damit praktisch jeden Wettbewerber, sich zum Richter in eigener Sache zu machen⁶³⁾, weil er durch die Zahl und Auswahl der Abwehrzeichen weitgehend das Maß des Schutzes für seine Hauptzeichen selbst bestimmen konnte.

- b) Als infolgedessen die Zahl der Anmeldungen immer mehr wuchs⁶⁴⁾,

60) Bock in LM Nr. 11 zu § 1; RG in GRUR 1925, 276 (277); in MuW 24, 9, 63; RGZ 69, 376; 104, 312; KG in MuW 1920, 90. In Dänemark nahm man bei der Gesetzesänderung im Jahre 1936 davon Abstand, einen Benutzungszwang einzuführen, weil man der Eintragung von Defensivzeichen keine Hindernisse in den Weg legen wollte, vgl. Andreasen S. 233.

61) RGZ 112, 160; 114, 360; RG in MuW 1926, 177, in GRUR 1926, 168 (170); Beier S. 148 ff.

62) Rosenthal S. 229, Reimer S. 249, Freund-Magnus-Jüngel S. 659.

63) Bock in LM Nr. 11 zu § 1, dort Bl. 1408; Callmann in GRUR AT 1959, 161 (163 m. weit. Nachw.)

64) v. Kreisler-Ruprecht in GRUR 1954, 434 nennen für eine mittlere pharmazeutische Fabrik eine Durchschnittszahl von 100 bis 300 Zeichen, von denen bestenfalls 20% benutzt werden, während der Rest z. T. schon Jahrzehnte alt ist. Vgl. weiter Hude-Olsen S. 10

waren auch hier Beschränkungen unvermeidlich. Zunächst wurde auch hier in jedem Fall der Nachweis eines besonderen schutzwürdigen Interesses gefordert⁶⁵⁾, und die Erkenntnis, daß das Warenzeichenrecht nur ein Teilgebiet des allgemeinen Wettbewerbsrechts ist, begann sich auch hier auszuwirken⁶⁶⁾. Weitere Maßnahmen ergaben sich aus der Natur und dem Zweck der Defensivzeichen.

- c) So entwickelte die Rechtsprechung gegen Ende der zwanziger und Anfang der dreißiger Jahre den neuen, im Gesetz nicht vorkommenden Begriff der "Ähnlichkeit". Das Gesetz selbst kennt nur den Verwechslungsbereich (§ 31). Die Gerichte hoben ausdrücklich hervor, daß dieser Ähnlichkeitsbereich nicht mit der zeichenrechtlichen Verwechslungsgefahr gleichbedeutend sei, da anderenfalls das Defensivzeichen nutzlos sein würde und das Hauptzeichen seinen Schutz selbst übernehmen könne. Mit dem Ähnlichkeitsbereich sei daher ein weiteres Verhältnis in den Grenzen einer gewissen Ähnlichkeit gemeint⁶⁷⁾.

Mag man gegen die Einführung dieses neuen Begriffes Bedenken haben, so fällt es zugleich doch schwer zu glauben, daß nach der bis dahin geltenden Auffassung offenbar noch nicht einmal verlangt wurde, daß das Defensivzeichen dem Hauptzeichen, das es doch schützen sollte, wenigstens ähnlich war.

- d) Weiter griff in Literatur und Rechtsprechung die Auffassung Platz, daß das Defensivzeichen nur einen vom Hauptzeichen abhängigen Schutz genießen könne. Das Gegenzeichen müsse nicht nur im Ähnlichkeitsbereich des Defensivzeichens, sondern auch in dem des Hauptzeichens liegen⁶⁸⁾; sei dies nicht der Fall, sondern Gegenzeichen und Haupt-

65) Pinzger-Schröter S. 139, 158, BGHZ 10, 211 (214), vgl. auch Anm. 47 und 51.

66) Rosenthal S. 230, Freund-Magnus-Jüngel S. 661, Reimer S. 24, 248.

67) RGZ 112, 160; 114, 360; RG in GRUR 1926, 168; 1927, 304; 1934, 190; 1937, 206; 1943, 211; 1944, 147; 1949, 379; in MuW 1931, 92; 1934, 55; in JW 1927, 1569; 1933, 1524; LG Berlin in GRUR 1952, 252; Rosenthal S. 229 und in GRUR 1926, 184.

68) Rosenthal S. 229, Tetzner S. 102; RG in JW 1934, 688 m. Anm. Utescher, in JW 1926, 1156 m. Anm. Wassermann und Rosenthal.

zeichen dermaßen verschieden, daß die Möglichkeit einer Verwechslung zwischen ihnen ausgeschlossen erscheine, so könne ein schutzwürdiges Interesse nicht angenommen werden, vielmehr handele es sich dann um den Mißbrauch eines formalen Rechts ⁶⁹⁾.

- e) Damit nicht genug, entschied der Bundesgerichtshof ⁷⁰⁾, die Festlegung der Grenzen des Ähnlichkeitsbereiches könne in der Regel nicht ohne vorherige Prüfung der Unterscheidungskraft des Hauptzeichens vorgenommen werden; dabei sei nicht auf die ursprüngliche Kennzeichnungskraft abzuheben, sondern auf den Umfang und die Intensität der Durchsetzung im Verkehr; weiter müsse jeweils geklärt werden, ob diese Kennzeichnungskraft erhalten geblieben oder ob das Zeichen verwässert sei.
- f) In seiner bisher neuesten Entscheidung hat der Bundesgerichtshof den Schutzbereich der Defensivzeichen weiterhin eingeschränkt und entschieden, der Schutz des Defensivzeichens könne den des Hauptzeichens nicht erweitern. Abwehrzeichen seien nur für noch junge Zeichen, die den normalen Schutzbereich mangels Verkehrsdurchsetzung noch nicht erreicht hätten, nützlich. Sie dienten hier gewissermaßen als Starthilfe; nach einer ausreichenden Verkehrsdurchsetzung könne dann der Schutz sich nur noch aus dem eigenen Verwechslungsbereich des Hauptzeichens (§ 31) ergeben ⁷¹⁾.
- 3) So zeigt sich, daß die Anforderungen immer strenger und die vorzunehmenden Prüfungen immer komplizierter geworden sind, daß aber auch die jüngste und bisher weitestgehende Entscheidung ⁷²⁾ die grundsätzliche Lösung nicht gebracht hat. Der Bundesgerichtshof beruft sich nach wie vor darauf, daß das durch die Eintragung erlangte formale Zeichenrecht selbst nicht angetastet werden

69) RG in GRUR 1933, 236; 1937, 1018 (1021); 1954, 192;
in JW 1933, 1524 m. Anm. Klauer; BGH in LM Nr. 5 zu § 24.

70) GRUR 1957, 228

71) BGHZ 32, 133

72) Beier S. 154 und Friedrich in GRUR 1961, 38 beklagen, daß der Bundesgerichtshof mit dieser Entscheidung auf halbem Wege stehen geblieben sei. Nach ihrer Ansicht hätte zur Löschung verurteilt werden müssen.

könne, da das Gesetz nur in ganz bestimmten Fällen, die hier nicht gegeben seien, die Löschung eines Zeichens vorsehe. Es sei nur möglich - und auch erforderlich - der Durchsetzung eines solchen Zeichens Hindernisse entgegenzusetzen, wenn nämlich die allgemeinen Grundsätze des Wettbewerbsrechts dies erforderten ⁷³⁾.

Von seinem Standpunkt aus hat der Bundesgerichtshof hiermit das Äußerste erreicht, nämlich Defensivzeichen bei älteren Hauptzeichen - und um solche handelt es sich ja zumeist - praktisch wertlos zu machen, weil der Schutz des Hauptzeichens, der durch sie erweitert und dadurch gesichert werden soll, sich nunmehr nur noch aus seinem eigenen Verwehlungsbereich ergeben soll.

Es ist dabei allerdings nicht verständlich, aus welchem Grunde das Gericht hier einen unnötigen Vorbehalt für noch junge Zeichen machte. Für die Entscheidung waren diese Ausführungen nicht wesentlich, denn bei dem im Streit befangenen Zeichen handelte es sich um eine seit ungefähr 70 Jahren bestehende Eintragung. Es steht nämlich zu befürchten, daß auf Grund dieser Einschränkung neue Schwierigkeiten entstehen könnten, da sich kaum mit der erforderlichen Sicherheit wird sagen lassen, wann ein Zeichen neu und wann es alt ist. Nach einer bestimmten Anzahl von Jahren wird man sich jedenfalls nicht richten können. Weiter ist hervorzuheben, daß diese Erkenntnis auch keine Grundlage im geltenden Gesetz findet, das durch die starke Position, die die Eintragung vermittelt - und durch keine anderen Mittel - die Entwicklung des Zeichens begünstigen will. Es findet sich kein Hinweis im Gesetz, daß dieser Grundsatz auch noch durch einen anfänglichen Schutz durch Defensivzeichen verwirklicht werden müßte. Solche Entscheidungen werden auch die Wettbewerber nur wieder dazu ermutigen, sich zum Richter in

73) Dies ist im übrigen auch der Grundgedanke des § 20 GWB: die Vorschrift will der Gefahr vorbeugen, daß ein Schutzrechtsinhaber durch Mißbrauch der Rechtsstellung, die ihm sein Ausschließlichkeitsrecht gebracht hat, einen Markteinfluß ausübt, der mißbräuchlich ist und daher dem freien Wettbewerb widerspricht, vgl. Baumbach-Hefermehl Rdn. 1 zu § 20 GWB und Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, S. 20 ff., 232 ff.

eigener Sache zu machen, womit wieder ein mißlicher Zustand eintreten könnte, um dessen Beseitigung man lange gekämpft hatte. Besser wäre es hier gewesen, wenn das Gericht so entschieden hätte, wie es Bock ⁷⁴⁾ in seiner Besprechung dieses Urteils vorgeschlagen hat. Er empfiehlt, das Gericht möge bei einem noch jungen Zeichen den Schutzzumfang nach der zu erwartenden Durchsetzung im Verkehr bemessen. Dadurch würden Defensivzeichen ganz unnötig.

Auch mit dieser jüngsten Entscheidung ist also der Bundesgerichtshof einer in der Literatur verbreiteten, hier schon geschilderten Auffassung nicht gefolgt, die auf die Abschaffung der Defensivzeichen dringt und darauf hinweist, daß es bei ihnen schon am echten Benutzungswillen fehle ⁷⁵⁾, den aber das Gesetz gerade als Voraussetzung für die Eintragung nenne. Hinzu komme weiterhin, daß die Rechtsprechung heute so verfeinert sei, daß die Zeicheninhaber keinen Schaden mehr für ihre Zeichen zu besorgen brauchten ⁷⁶⁾. Dies hätten auch die Gerichte erkannt und versuchten infolgedessen, nur bedauerlicherweise nicht mit den richtigen Maßnahmen, den unbenutzten Zeichen immer neue Hindernisse entgegenzustellen ⁷⁷⁾.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß hier eine ähnliche, wenn nicht noch schlimmere Situation als bei den Vorratszeichen besteht. Zwar mag es für den Inhaber eines Abwehrzeichens heute schwer

74) in LM Nr. 11 zu § 1.

75) Das Gleiche gilt wieder für übermäßig lange unbenutzt gebliebene Vorratszeichen, bei denen von echtem Benutzungswillen auch nicht mehr gesprochen werden kann.

76) Baumbach-Hefermehl Rdn. 16 zu § 1, Tetzner S. 100, 105, Thiele in GRUR 1949, 268, Spieß in Betrieb 1949, 417.

77) Andreasen S. 234 schreibt, Defensivregistrierungen seien teils Ausdruck für mangelndes Vertrauen auf den Rechtsschutz, teils Ausdruck der Erkenntnis, daß das Hauptzeichen eine schwache Marke sei. Unter einem besseren Warenzeichengesetz werde der erstere Gesichtspunkt vermutlich entfallen, dem letzteren müsse unter allen Umständen entgegengewirkt werden, um die Benutzer eines Warenzeichens zu größerer Vorsicht und Bedachtsamkeit in der Wahl der Zeichen zu zwingen.

sein, aus seinem Zeichen Rechte herzuleiten oder sie durchzusetzen, auch mag das Prozeßrisiko sehr hoch sein, doch bleibt in jedem Fall das Zeichen selbst unangetastet in der Rolle stehen. Das bedeutet, wie oben schon ausgeführt wurde, daß jeder neue Anmelder eines Zeichens, das mit dem betreffenden Defensivzeichen verwechslungsfähig oder ihm auch nur ähnlich ist, sich wiederum auf einen Prozeß mit dessen Inhaber einlassen muß. Damit geht Geld und oft noch kostbarere Zeit verloren, wobei noch nicht einmal garantiert werden kann, daß das nunmehr entscheidende Gericht sich der Auffassung eines früheren Gerichts, das dem Zeichen die Durchsetzung verwehrt hatte, anschließen wird ⁷⁸⁾.

Mit allen bisherigen Bemühungen ist man also der Verstopfung der Zeichenrolle nicht Herr geworden und es hat auch nicht den Anschein, daß sich eine Lösung wird erreichen lassen, wenn man auf dem bisher verfolgten Wege fortschreitet ⁷⁹⁾.

- 4) Gegen diese Auffassung sind Stimmen laut geworden, die meinen, die Gefahr werde übertrieben. Es sei gar nicht so schlimm mit der Überfüllung der Zeichenrolle ⁸⁰⁾. Callmann ⁸¹⁾ verweist darauf, daß die Tonleiter nur aus acht Tönen bestehe und dennoch schon unendlich viele Melodien komponiert worden seien und weiter komponiert werden könnten. Schließlich sei auch in Ländern mit anderen Zeichensystemen Klage über die Überlastung des Registers geführt worden, so daß man also durch eine Änderung des jetzigen Systems nichts zu gewinnen habe ⁸²⁾.

78) Ähnlich auch Beier S. 154.

79) v. Kleist in GRUR 1955, 81 meint hiergegen, man könne die Lösung der Frage der Entwicklung in der Rechtsprechung überlassen. In dieser Allgemeinheit ist diese Feststellung sicher nicht richtig, jedoch wird auf diese Frage noch später eingegangen.

80) Z.B. Richter in GRUR 1955, 81.

81) GRUR AT 1959, 161 (162), der aber selbst diesen Gesichtspunkt als völlig unerheblich zurückweist. Vgl. auch Thiele in GRUR 1949, 268, der darauf hinweist, daß die bereits eingetragenen Zeichen das Vielfache unseres Wort- und Bildschatzes darstellen.

82) Schreiber in GRUR 1955, 81. Hiergegen weist Leszner, ebendort, darauf hin, daß hauptsächlich die Wahrheit der Zeichenrolle erreicht werden müsse.

Dieser Auffassung kann nicht beigespflichtet werden, denn sie steht im Widerspruch zu den Tatsachen. Wie "chaotisch" ⁸³⁾ die Lage schon seit langem ist, wurde oben dargelegt. Schuld daran ist in erster Linie das Fehlen eines Benutzungszwanges. Daher ist eine durchgreifende Änderung nicht zu umgehen, denn auf dem bisherigen Wege geht es nicht weiter, es sei denn, man wollte der endgültigen Funktionsunfähigkeit der Zeichenrolle Tür und Tor öffnen.

Weiter kann es auf das Argument, auch in anderen Ländern klagt man über die Überlastung des Registers, nicht ankommen. Für das deutsche Warenzeichenrecht ist nachgewiesen worden, daß an der Überfüllung der Zeichenrolle vornehmlich die Duldung der unbenutzten Zeichen schuld ist. Ein Wegfall dieser Zeichen müßte also das Register außerordentlich entlasten; das allein ist eine logische Folgerung. Überdies sollte eine solche Maßnahme die Wahrheit des Registers herbeiführen, wie Leszner ⁸⁴⁾ richtig hervorhebt.

Schließlich beleuchtet die Schwäche des in Deutschland geltenden Warenzeichensystems das folgende Beispiel recht deutlich: Es läßt sich aus den Ausführungen von Neumayer in einem Vortrag vor dem Deutschen Patentamt ⁸⁵⁾ und einer Aufstellung der wichtigsten Länder der Erde nach ihren Warenzeichensystemen bilden, die wir v. Kreisler-Ruprecht ⁸⁶⁾ verdanken.

Neumayer nennt für das Jahr 1952 folgende Anmeldezahlen für die nachstehenden Länder:

Belgien	3 000	Anmeldungen
Niederlande	4 000	"
Italien	5 500	"
Großbritannien	10 000	"
USA	17 000	"
Frankreich	19 500	"
Bundesrepublik	24 500	"

83) So Reimer schon in GRUR 1932, 345.

84) GRUR 1955, 81

85) GRUR 1954, 373 (376)

86) GRUR 1954, 434 (437)

Im Vergleich zur Bevölkerungszahl entfallen nach diesem Beispiel auf je 100 000 Einwohner in:

USA	11 Anmeldungen
Italien	12 "
Großbritannien	33 "
Belgien	35 "
Niederlande	40 "
Frankreich	44 "
Bundesrepublik	50 "

Die Bundesrepublik steht also sowohl nach den absoluten Anmeldezahlen als auch nach dem relativen Verhältnis zur Einwohnerzahl an erster Stelle. Sie besetzt daher auch bei der Registrierung der internationalen Marken in Bern den ersten Platz.

Aus der vergleichsweise herangezogenen Aufstellung von v. Kreisler-Ruprecht ergibt sich, daß alle in dem obigen Beispiel genannten Länder mit der einzigen Ausnahme der Bundesrepublik Warenzeichensysteme haben, die unbenutzte Zeichen verhindern. Belgien und Frankreich verfahren nach dem Erstbenutzungsprinzip, auf das im Folgenden noch eingegangen wird, die USA, Großbritannien, Italien und die Niederlande haben den Benutzungszwang.

An diesem Beispiel wird also in überzeugender Weise deutlich, daß die eingangs geschilderte Überfüllung auf ein unzulängliches Warenzeichensystem zurückzuführen ist, das gegen die Hauptschuldigen an der Verstopfung nach der Auffassung der Rechtsprechung nichts auszurichten vermag.

Nach allem dürfte kein Zweifel mehr daran bestehen, daß eine durchgreifende Neuregelung des deutschen Zeichenrechts die einzige Möglichkeit ist, wieder ordentliche Zustände zu schaffen, die Voraussetzung für einen freien Wettbewerb sind.

§ 4: Lösungsvorschläge

Wie schon mehrfach betont, dürfte die Einführung eines Benutzungszwanges das am besten geeignete Mittel zur Beseitigung der eingetretenen Mißstände bilden. Einige Kritiker haben jedoch auch andere Reformvorschläge gemacht, die an dieser Stelle gewürdigt werden sollen. Ferner wird auch auf einige wichtigere ausländische Zeichenrechte einzugehen sein, um die Vor- und Nachteile dieser Vorschläge bzw. Systeme gegeneinander abzuwägen.

- 1) Verschiedentlich hat man eine Erhöhung der Gebühren als einfachste und wirkungsvollste Möglichkeit vorgeschlagen, um das Zeichenrecht zu bereinigen⁸⁷⁾. Diese Lösung vermag jedoch nicht zu befriedigen. Zwar sind die Gebühren verhältnismäßig niedrig, aber es ist nicht einzusehen, was für einen Vorteil eine derartige Erhöhung bringen könnte. Für große Betriebe würde es keinen großen Unterschied machen, ob die einmal in zehn Jahren zu entrichtende Gebühr 10 DM oder 100 DM beträgt, und ein nützliches, etwa zu Sperrzwecken dienendes unbenutztes Zeichen mag alle 10 Jahre sehr wohl eine Gebühr von 100 DM oder auch mehr wert sein, vermutlich außerdem noch die Kosten von einer Reihe verlorener Prozesse, solange damit erreicht werden kann, daß die Konkurrenz mindestens für eine gewisse Zeit aufgehalten wird.

Eine nachteilige Auswirkung würde sich dagegen für kleinere Betriebe ergeben, die eine Gebührenerhöhung viel empfindlicher spüren würden. Aus diesem Grunde würde zu prüfen sein, ob nicht Bedenken verfassungsrechtlicher Natur geltend gemacht werden müßten, da darin ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung zu erblicken sein könnte.

Vor allem aber, und dies ist der entscheidende Punkt, würde sich eine Gebührenerhöhung nicht dazu eignen, speziell die unbenutzten Zeichen zu unterdrücken und ihr Entstehen in Zukunft zu verhindern, während im Gebrauch befindliche Zeichen unangetastet bleiben. Vielmehr würden auch die benutzten, echten Zeichen ganz zu Unrecht mit beeinträchtigt. Die einzige Auswirkung, die eine Gebühren-

87) Vgl. z.B. Schreiber in GRUR 1955, 81.

erhöhung mit sich bringen würde, wäre eine mehr oder minder spürbare Belastung der einzelnen Betriebe je nach ihrer Größe. Das sollte aber nicht Sinn einer solchen Reform sein.

Da alle Vorschläge nur an der Frage zu prüfen sind, ob sie speziell gegen die unbenutzten Zeichen ein Vorgehen ermöglichen, die benutzten jedoch unangetastet lassen, muß die Gebührenerhöhung als ungeeignet ausscheiden ⁸⁸⁾.

- 2) Kuhn ⁸⁹⁾ hat den Vorschlag gemacht, man solle die Zulässigkeit von Vorrats- und Defensivzeichen auf einen bestimmten Prozentsatz aller Zeichen eines Betriebes beschränken. Diese Idee mag begrüßenswert scheinen, nur wird ihre Verwirklichung sicherlich scheitern, weil man im Einzelfall längst nicht immer mit der notwendigen Sicherheit wird sagen können, um welche Art von Zeichen es sich handelt. Zeichen können je nach den Erfordernissen des Betriebes oder dem - subjektiven und daher mit objektiven Mitteln nicht feststellbaren - Willen ihres Inhabers vorübergehend oder auch während längerer Zeit benutzt oder nicht benutzt werden. Dadurch wird sich das Verhältnis der benutzten zu den unbenutzten Zeichen ständig verändern, so daß keine Überwachungsstelle mit der erforderlichen Sicherheit wird sagen können, ob der vorgeschriebene Prozentsatz auch eingehalten wird, ganz abgesehen davon, daß eine solche Überwachung, die ständig ausgeübt werden müßte - nicht nur einmal in zehn Jahren - unverhältnismäßige Kosten und Personalmengen erfordern würde, die in keinem Verhältnis zu dem angestrebten Ziel stehen könnten.

Im übrigen gilt das schon Gesagte: unbenutzte Zeichen würden dadurch nicht verhindert, sondern im Gegenteil sogar in einem bestimmten Umfang geschützt. Schon auf Grund dieser Erwägung muß auch dieser Vorschlag ausscheiden.

- 3) Callmann ⁹⁰⁾ erwägt die Einrichtung zweier Zeichenrollen, von denen die eine für benutzte, die andere für unbenutzte Zeichen be-

88) So auch Callmann in GRUR AT 1959, 162 (163, vgl. auch dort Anm. 98) und Leszner in Mitt. Bl. 1954, 87 (88).

89) GRUR 1955, 81

90) GRUR AT 1959, 161 (165, dort Anm. 107). Er bezieht sich bei diesem Vorschlag auf das kanadische Recht.

stimmt sein soll. Wie ein solches Verfahren, selbst wenn es in einem anderen Land in Gebrauch ist, in Deutschland zur Bereinigung der Zeichenrolle und zur Vereinfachung des Verfahrens dienen soll, ist nicht ersichtlich. Auf diese Weise würden die bestehenden Zustände schließlich nur noch mehr kompliziert. Außerdem müßte man bei jeder Neuanschuldung Einblick in zwei Zeichenrollen nehmen, wobei noch ungeklärt ist, welchen Rang die Zeichen, die in beiden Rollen stehen, untereinander haben sollten. Würde man sich hierauf deutsches Recht angewandt vorstellen, so würde das zur Folge haben, daß Zeichen, die schon längere Zeit in der Rolle für die unbenutzten Zeichen stehen, gegenüber den benutzten oder für kurze Zeit unbenutzten Zeichen alle Einwände wie z.B. Erschwerung der Beweislast, Verwirkung u.dgl. entgegen gehalten werden könnten. Folglich wäre in jedem einzelnen Fall nicht nur die Frage zu klären, wie das Verhältnis von Zeichen in den beiden verschiedenen Registern zueinander zu beurteilen ist, sondern es wären auch die Auswirkungen der allgemeinen wettbewerblichen Regeln innerhalb der unbenutzten Zeichen selbst nachzuprüfen. Mit einem solchen System würde man also unweigerlich aus dem Regen in die Traufe kommen.

§ 5: Vergleich mit ausländischen Rechten

Wendet man sich einigen wichtigeren Zeichenrechten des Auslands zu, so kann man zunächst feststellen, daß es im wesentlichen drei Zeichensysteme in der Welt gibt, die allerdings in den Einzelheiten Unterschiede aufweisen:

- 1) Zunächst wäre das in Deutschland geltende System zu nennen, das durch zwei Merkmale gekennzeichnet wird, nämlich das Eintragungsprinzip und das Fehlen eines Benutzungszwanges. Dabei bedeutet das Eintragungsprinzip im Gegensatz zum deklaratorischen Prinzip, daß das Markenrecht erst nach einer Vorprüfung durch das Patentamt mit der Eintragung - und nur auf diese Weise - entsteht. Dieses System gilt z.B. auch in Bolivien, Finnland und Österreich⁹¹⁾. Es beruht auf

91) v. Kreisler-Ruprecht in GRUR 1954, 434 (437).

dem Grundsatz der Entwicklungsbegünstigung⁹²⁾, denn dem Anmelder soll durch die starke Position, die die Eintragung des Zeichens vermittelt, die Möglichkeit gegeben werden, sich durch künftige Benutzung für sein Zeichen die normale Verkehrsgeltung zu erwerben. Nach dem deklaratorischen Prinzip hingegen entsteht das Zeichenrecht selbst auf andere Weise, z.B. durch die erste Benutzung oder die zuerst erlangte Verkehrsgeltung; die außerdem noch mögliche Eintragung in ein Zeichenregister hat demgegenüber nur deklaratorische Wirkung.

- 2) Die zweite Gruppe setzt sich aus Ländern zusammen, in deren Markensystemen als wesentliches Merkmal der Benutzungszwang gilt, also der Zwang, ein Zeichen innerhalb eines gewissen Zeitraums in Benutzung zu nehmen, andernfalls die Löschung dieses Zeichens erfolgt bzw. verlangt werden kann. Dabei werden in allen diesen Ländern Fristen eingeräumt, weil man die Wettbewerber nicht zwingen will, ein Zeichen erst dann zur Anmeldung zu bringen, wenn sie es unmittelbar benötigen. In einem gewissen Umfang besteht also Freiheit, schon aus der Überlegung heraus, daß in einem bestimmten Umfang ein echtes und berechtigtes Interesse an Vorratszeichen besteht. Zu diesen Ländern gehören die USA, Großbritannien, Italien, Japan, Ägypten, Brasilien u. a.⁹³⁾.

Die praktische Ausgestaltung des Benutzungszwanges ist allerdings verschieden. So kann in den USA ein Zeichen erst dann eingetragen werden, wenn es vorher schon im "interstate commerce" benutzt worden ist; des weiteren wird ein Zeichen gelöscht, wenn nicht dessen Inhaber jeweils nach Ablauf von sechs Jahren dem Patentamt eine eidesstattliche Erklärung (affidavit) des Inhalts vorlegt, daß er das Zeichen benutzt habe⁹⁴⁾.

Nach dem englischen Warenzeichenrecht kann ein Zeichen innerhalb von sieben Jahren nach der Eintragung auf Grund einer früheren

92) Baumbach-Hefermehl Rdn. 14 zu § 1, Tetzner S. 103, Pinzger-Schröter S. 22.

93) Betaenkning S. 80; SOU 1958:10 S.178

94) United States Code Title 15 chap. 22, sec. 1058=Lanham Act, § 8.

Benutzung gelöscht werden; die Löschung ist auch möglich, wenn dessen Inhaber es nicht innerhalb von fünf Jahren seit der Eintragung benutzt oder ernsthaft beabsichtigt hat, es zu benutzen⁹⁵⁾. Im englischen Warenzeichenrecht wird hier vom "bona fide use" gesprochen⁹⁶⁾, einem Rechtsbegriff von sehr großer Bedeutung für das Markenrecht dieses Landes.

Verschieden ist auch die Länge der Schonfrist. Sie variiert zwischen sechs Jahren (USA) und drei Jahren⁹⁷⁾. Weitere Unterschiede bestehen in der Regelung des Löschungsverfahrens, des Nachweises der Benutzung, des Umfangs der erforderlichen Benutzung usw.

- 3) Die Länder der dritten Gruppe folgen dem schon einmal erwähnten Erstbenutzungsprinzip, das, wie der Name schon sagt, denjenigen das Recht an der Marke erwerben läßt, der sie zuerst benutzt⁹⁸⁾. Dieses System gilt beispielsweise in Belgien, Frankreich und in der Schweiz. Auf Grund dieses Prinzips kann aber ein Wettbewerber nur soweit und nur solange ein Recht an dem Zeichen haben, als er es benutzt. Unterläßt er den Gebrauch und kann dadurch die Konkurrenz für dieses Zeichen Verkehrsgeltung begründen, geht damit das Recht des früheren Zeicheninhabers unter. Hier kann es also unbenutzte Marken nicht geben, sie sind nach diesem System nicht denkbar⁹⁹⁾.

Im einzelnen bestehen auch in dieser Gruppe wieder Unterschiede, wofür das schweizer Markenschutzgesetz (MSchG) ein interessantes Beispiel bietet. Es stellt eine Mischung von Erstbenutzungsprinzip und Benutzungszwang dergestalt dar, daß die Wettbewerber auf die Ein-

95) Sec. 26 Trade-Mark Law, vgl. auch Erasmus, Erfinder- und Warenzeichenschutz im In- und Ausland, Teil 1-1, S. 507, 521, 526.

96) Sec. 26 subsec. 1, 2; vgl. auch Kerly S. 185, 191, 192.

97) Vgl. immer v. Kreisler-Ruprecht in GRUR 1954, 434 (437).

98) Ulmer S. 58, David, Kommentar zum schweizerischen Markenschutzgesetz, S. 116, 181; Sandreuter, Markenrecht, S. 53, 67, 76 ff., 82 ff.

99) Eine ähnliche Aufteilung nimmt Beier S. 24 ff. vor, der im übrigen auf S. 36 das Verhältnis zwischen Erstbenutzung und Hinterlegung im französischen Recht ausführlich darstellt.

tragung ihres Zeichens verzichten und sich nur auf die Verkehrsgeltung verlassen können. In diesem Fall besteht nur Schutz nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb; er richtet sich nur nach der Verkehrsgeltung. Die außerdem mögliche Eintragung in die Zeichenrolle hat also nur noch deklaratorische Wirkung, denn das Zeichenrecht selbst ist mit der ersten Benutzung entstanden. Sie verleiht den Schutz nach dem Markenschutzgesetz, das Zeichen wird jedoch gelöscht, wenn es innerhalb von drei aufeinander folgenden Jahren nicht gebraucht worden ist ¹⁰⁰⁾.

- 4) Dieser Vergleich zeigt, daß es im großen und ganzen in der Welt zwei Warenzeichensysteme gibt, die gezielt den Mißbrauch unbenutzter Zeichen verhindern, benutzte Zeichen sich aber ungestört entwickeln lassen, und zwar das Erstbenutzungsprinzip und den Benutzungszwang. Nur eines dieser beiden Systeme kann für die Lösung der Schwierigkeiten in Betracht kommen, da es sich gezeigt hat, daß alle anderen Vorschläge entweder wenig praktikabel sind oder benutzte und unbenutzte Zeichen gleichermaßen belasten.

Von diesen beiden dürfte das System des Benutzungszwanges vorzuziehen sein, da das Erstbenutzungsprinzip einige entscheidende Nachteile aufweist.

Zwar ist es richtig, daß das letztgenannte System lebendiger und wirklichkeitsnaher ist; es bleibt geradezu am Puls der Realität, und jeglicher Mißbrauch mit unbenutzten Marken ist undenkbar, da kein Zeichenrecht entstehen oder bestehen kann, wenn es nicht in ständigem Gebrauch ist ¹⁰¹⁾.

Demgegenüber überwiegen jedoch die Nachteile. So ist es z.B. nicht möglich, ein Zeichen auch nur für geringe Zeit auf Vorrat zu halten. Wer so glücklich war, sich ein gutes Zeichen einfallen zu lassen, muß es unter allen Umständen sofort in Gebrauch nehmen, selbst wenn es im Augenblick nicht gebraucht wird, da es ihm sonst die Konkurrenz abjagen kann ¹⁰²⁾. Weiter mißfällt, daß als einziges Hilfs-

100) Art. 4, 9 MSchG, vgl. auch Sandreuter S. 53, 67;
Erasmus Teil 1-2 S. 1767.

101) SOU 1958: 10, S. 179.

102) So auch Callmann in GRUR 1960, 514 (515).

mittel nur auf die Verkehrsgeltung abgehoben werden kann, eine Frage, die von den Gerichten im Einzelfall nachgeprüft werden muß. Die Verkehrsgeltung ist aber ein ebenso unbestimmter und dehnbarer Begriff wie Verwirkung, Treu und Glauben u. dgl. Damit läßt sich im deutschen Warenzeichenrecht trotz jahrzehntelanger Bemühungen nicht zufriedenstellend arbeiten.

Das System des Erstbenutzungsprinzips muß notwendig eine gewisse Unsicherheit mit sich bringen, da die Gerichte jeweils im Einzelfall die Frage, ob Verkehrsgeltung besteht oder nicht, verschieden beurteilen können, abgesehen von wenigen, vielleicht ganz zweifel-freien Fällen. Die Wettbewerber werden hier nie genau wissen können, ob sie ihres Zeichens sicher sein dürfen; ständig besteht die Möglichkeit, daß ein anderer, der seinerseits beginnt, das Zeichen zu benutzen, ein Recht darauf geltend machen kann.

Diese Auffassung wird weiterhin auch dadurch bestätigt, daß, soweit ersichtlich, für das deutsche Zeichenrecht nirgends die Einführung eines Warenzeichenrechts, das dem Erstbenutzungsprinzip folgt, vorgeschlagen wird.

Es sollte bei allen Änderungsvorschlägen immer bedacht werden, daß dem Warenzeichenrecht im vielfarbig schillernden Mosaik des Wirtschafts- und Wettbewerbsrechts in sehr starkem Maße eine ordnende Funktion zugewachsen ist. Das erheischt die Möglichkeit der Eintragung nach einer Art grundbuchmäßigen Verfahrens ¹⁰³⁾, mit anderen Worten den Weg der konstitutiven Wirkung der Eintragung. Dieser Eintragung sollte auch immer ein Prüfverfahren vorausgehen, da sich auf diese Weise jeder Wettbewerber zu seinem eigenen Wohl von allem Anfang darüber unterrichten kann, welche anderen Rechte schon bestehen. Er spart dadurch Kosten für verlorene Reklame und evtl. für verlorene Prozesse ¹⁰⁴⁾.

Dem steht nicht entgegen, daß Rechte auch ohne oder sogar gegen bestehende formale Eintragungen Verkehrsgeltung erlangen können (Ausstattung, § 25). Es kommt nur grundsätzlich darauf an, daß überhaupt eine Regelung besteht, die es jedem Wettbewerber, der es

103) Vgl. die Ausführungen auf S. 4 und Anm. 16.

104) Busse S. 2 mit Beispielen.

wünscht, ermöglicht, sich ein Zeichen unter der von Anfang an gewährten Garantie staatlichen Schutzes in ein öffentliches Register eintragen zu lassen. Läßt er späterhin sein Recht ruhen, so mögen andere diese Untätigkeit ausnutzen dürfen, indem sie für das Zeichen Verkehrsgeltung begründen. So erlischt auch ein Ausstattungsrecht, wenn infolge Nichtbenutzung die Verkehrsgeltung verlorengeht¹⁰⁵⁾. Es ist nur unerläßlich, daß jeder Wettbewerber die Möglichkeit hat, sich einen Zeichenbereich abmessen zu lassen, in dem ihn grundsätzlich keiner stören darf. So ist es zu verstehen, wenn oben von einer ordnenden Funktion des Warenzeichenrechts gesprochen wurde.

Es soll dabei allerdings nicht verkannt werden, daß das hier vorgeschlagene Eintragungsprinzip gegenüber dem vorgenannten Prinzip hauptsächlich den Nachteil aufweist, daß es schwerfälliger und bürokratischer ist; aber das muß in Kauf genommen werden. Übrigens ist hier auch darauf hinzuweisen, daß dieses Verfahren in bestimmten Grenzen, die vertretbar erscheinen, Vorratszeichen zuläßt, so daß insofern auch eine positive Auswirkung dieser schwerfälligeren Regelung zu vermerken ist¹⁰⁶⁾.

§ 6: Skandinavische Zeichenrechte

Als weitere Bestätigung dieser Ansicht ist darauf hinzuweisen, daß in Schweden und in Finnland durch die neuen Warenzeichen-

105) Busse S. 344, Baumbach-Hefermehl Rdn. 60 zu § 25 und besonders Reimer S. 433 ff. m. weit. Nachw.

106) So auch der finnische Regierungsvorschlag für das neue Warenzeichengesetz: 1962 års riksdag N:o 128, S. 2.

gesetze vom 2. Dezember 1960¹⁰⁷⁾ und vom 29. Oktober 1963¹⁰⁸⁾ der Benutzungszwang eingeführt worden ist, und daß man sich bei den Vorberatungen zu diesen Gesetzen gegen das Erstbenutzungsprinzip ausgesprochen hat¹⁰⁹⁾.

In § 25 Abs. 2 des schwedischen Gesetzes heißt es am Schluß, daß ein Zeichen gelöscht werden kann, wenn "... es in den letzten fünf Jahren nicht gebraucht worden ist und dessen Inhaber keine Gründe angibt, weshalb er die Benutzung des Zeichens unterlassen hat"¹¹⁰⁾. Die entsprechende finnische Vorschrift (§ 26 Ziff. 3) hat nahezu den gleichen Wortlaut¹¹¹⁾.

Gemäß § 26 Abs. 1 des schwedischen Gesetzes wird die Löschung entweder auf Klage eines Dritten, dem durch die Marke Schaden entsteht, oder einer vom König bestimmten Behörde oder eines Zusammenschlusses betroffener Gewerbetreibender herbeigeführt¹¹²⁾. Die ent-

-
- 107) Veröffentlicht in SFS 1960 Nr. 644. Eine deutsche Übersetzung ist im Blatt 1961, 309, 440 erschienen. Weiter findet sich eine Besprechung des Gesetzentwurfs (SOU 1958:10) von Deijenberg in GRUR AT 1959, 166 und eine Besprechung des neuen Gesetzes von Ott in MA 1961, 395 und von v. Moltke in Festschrift für Ulmer S. 268. Ott und v. Moltke haben allerdings leider übersehen, daß der Benutzungszwang in das schwedische Warenzeichenrecht eingeführt worden ist.
- 108) Veröffentlicht in Finlands Författningssamling 1964 N:o 7.
- 109) NJA II 1960, 212, SOU 1958:10 S. 66, Betänkande S. 14, Förslag S. 34.
- 110) Der Text lautet: Registrering må ock hävas, ..om märket icke varit i bruk under de fem senaste åren och innehavaren icke visar skäl för sin underlåtenhet att använda märket.
- 111) Der Text lautet: Varumärke vare förverkat: ..om märket icke varit i bruk under de fem senaste åren och innehavaren ej visar godtagbart skäl därtill.
- 112) Der Text lautet: Om registrerings hävande må envar som lider förfång av registreringen föra talan vid domstol mot märkeshavaren. Talan, som grundas på stadgandet i..25 § andra stycket, må ock föras av myndighet som Konungen bestämmer ävensom av sammanslutning av berörda näringsidkare.

sprechende Vorschrift des finnischen Gesetzes ist § 27, die sich von § 26 Abs. 1 vml nur darin unterscheidet, daß außer einem Interessenverband in bestimmten Fällen auch dem Staatsanwalt ein Klagerecht zusteht ¹¹³⁾.

Zum Verständnis dieser Neuregelung soll im Folgenden die Geschichte der skandinavischen Zeichenrechte, soweit sie das Thema dieser Arbeit berühren, dargestellt werden.

- 1) Die bisher geltenden Warenzeichengesetze Schwedens, Norwegens und Dänemarks beruhen auf einem Gesetzesvorschlag aus dem Jahre 1882, der nach gemeinsamen Beratungen sachkundiger Gremien aus diesen drei Ländern zustande gekommen war. Zweck dieser gemeinsamen Beratungen war die Schaffung eines übereinstimmenden Warenzeichenrechts in skandinavischer Zusammenarbeit ("nordiskt samarbete"). Dieser Vorschlag wurde in Norwegen 1884 ¹¹⁴⁾ und in Dänemark 1890 Gesetz ¹¹⁵⁾. In Schweden überprüfte zunächst noch der Oberste Gerichtshof (Högsta Domstolen) den Vorschlag eingehend ("ingående granskning") ¹¹⁶⁾. Diese Prüfung hatte zur Folge, daß

113) Der Text lautet: Om ogiltigförklaring av registrering och om förverkande av varumärke besluter domstol, då talan därom väckes mot märkeshavare. Talan, som avses i 1 mom., må föras av envar som lider förfång av registreringen. Grundas talan på stadgande i 13 §, 14 § 1 mom. 1-3 punkterna eller 26 §, må den ock föras av allmän åklagare eller av sammanslutning för bevakande av berörda närings- eller yrkesidkares intressen.

114) Veröffentlicht in Norsk Lovtidende, 2. Afdeling, Samling af Love, Resolutioner m. M. 1884, 163.

115) Veröffentlicht in Love og Anordninger samt andre offentlige Kundgjørelser 1890, 204. Vgl. hierzu auch Heiding, Diss. S. 19.

116) Es handelt sich hierbei um ein in Schweden übliches, in der Verfassung vorgeschriebenes Verfahren (§§ 21, 78 Regeringsformen). Auf Grund einer Änderung dieser Bestimmungen wird die Prüfung heute von einem sogenannten Gesetzesrat (Lagrådet) vorgenommen, der sich aus drei Richtern des Obersten Gerichtshofes und aus einem Richter des Regierungsgerichts (Regeringsrätten), des höchsten Verwaltungsgerichts, zusammensetzt. Das Gesetz ist veröffentlicht in SFS 1884 Nr. 29.

ein neuer Vorschlag ausgearbeitet wurde, der sich zwar nicht dem Inhalt nach, wohl aber nach dem Wortlaut ganz wesentlich von dem Vorschlag des Jahres 1882 unterschied. In dieser abgeänderten Form wurde der Gesetzesvorschlag im Jahre 1884 verabschiedet.

Finnland erhielt seine gesetzliche Regelung im Jahre 1889 durch eine Verordnung, die sich eng an das schwedische Gesetz anlehnte ¹¹⁷⁾.

- 2) Durch spätere Änderungen dieser Gesetze in allen skandinavischen Ländern ergaben sich in der Folge jedoch erhebliche Abweichungen, obwohl an sich alle diese Änderungen das gleiche Ziel hatten, nämlich ein stärkeres Gewicht auf den Schutz gegen den unlauteren Wettbewerb zu legen. So erhielt Norwegen im Jahre 1910 ein "Gesetz betr. Warenzeichen und unlautere Warenkennzeichen und Geschäftsbezeichnungen" ¹¹⁸⁾, in Finnland wurde das Gesetz von 1889, das als solches weiter bestehen blieb, im Jahre 1921 geändert ¹¹⁹⁾, Dänemark erhielt 1936 ein "Gesetz über die Warenzeichen" ¹²⁰⁾. Auch das alte schwedische Warenzeichengesetz war mehrfachen Änderungen unterworfen ¹²¹⁾.

Außerdem wurde aber noch in jedem dieser Länder ein besonderes Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb geschaffen, nämlich in Norwegen das "Gesetz betr. den unlauteren Wettbewerb" aus dem Jahre 1922 ¹²²⁾, in Dänemark das "Gesetz betr. Bestimmungen gegen unrechtmäßige Konkurrenz und Warenbezeichnung" aus dem

117) Veröffentlicht in Storfurstendömet Finlands Författnings-Samling 1889 Nr. 3 S. 1.

118) Lov om varemerker og om utilbørlige varekjendetegn og forretningsnavn, veröffentlicht in Norsk Lovtidende, 1. avdeling, 1910, 268; hierzu näher Thorsen S. 23 ff., 93 ff.

119) Veröffentlicht in Finlands Författningssamling 1921, 440. Vgl. hierzu auch Hakulinen in NIR 1945, 153.

120) Lov om varemaerker, veröffentlicht in Samling Afd. A., 1936, 208.

121) Siehe SOU 1958:10 S. 32.

122) Lov om utilbørlig konkurranse, veröffentlicht in Norsk Lovtidende, 1. avdeling 1922, 374.

Jahre 1924 ¹²³⁾, das mehrfach, zuletzt 1937, geändert wurde ¹²⁴⁾. Finnland erhielt ein Gesetz im Jahre 1930 ¹²⁵⁾ und in Schweden wurde der Schutz durch einen im Jahre 1942 in das "Gesetz betr. bestimmte Vorschriften gegen den unlauteren Wettbewerb" aus dem Jahre 1931 eingefügten § 9 herbeigeführt ¹²⁶⁾.

Für diese allmähliche Wandlung, die in auffälligem Gegensatz zur bisher praktizierten "nordiskt samarbete" sich in jedem der vier Länder gesondert vollzog, sind hauptsächlich zwei Gründe zu nennen:

Einmal zeigte es sich, daß die streng formalistische, auf dem Eintragungssystem basierende Auffassung zu gewissen Nachteilen geführt hatte. Vorbild für die skandinavischen Gesetze war das ausgeprägte Eintragungssystem des deutschen Rechts gewesen, das aber in der Praxis oft zu Unbilligkeiten geführt hatte ¹²⁷⁾. So weist man beispielsweise auf den Kaufmann hin, der seine im Handel bekannte Marke nicht hatte eintragen lassen oder der es versäumt hatte, rechtzeitig einen Erneuerungsantrag zu stellen und dessen Marke dann von "Marodören" ¹²⁸⁾ usurpiert wurde. Dabei nennt Zitting zwei Beispiele aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Eines stellt ein Urteil aus dem Jahre 1886 ¹²⁹⁾ dar. Dort hatte der Inhaber des eingetragenen Warenzeichens "Schwarze Hand", das für Tabakwaren registriert war, es versäumt, rechtzeitig den Antrag auf Verlängerung der

123) Lov om Bestemmelser mod uretmaessig Konkurrence og Varebetegnelse, veröffentlicht in Samling Afd. A. 1924, 272.

124) Änderungen veröffentlicht in Samling Afd. A. 1926, 502; 1936, 202; 1937, 237.

125) Siehe Hakulinen, Förslag S. 24.

126) Lag med vissa bestämmelser mot illojal konkurrens, veröffentlicht in SFS 1931 Nr. 152 bzw. in SFS 1942 Nr. 246. Eine Kommentierung stammt von Grönfors, Lagstiftningen mot konkurrensbegränsning, vgl. besonders S. 15 über die Einrichtung eines Rates zur Sicherung der Wirtschaftsfreiheit (näringsfrihetsrådet).

127) Heiding, varumärkesrätt S. 8, Knoph S. 433.

128) Zitting in Defensor Legis 59, 83 (93).

129) Zitiert bei Kohler S. 71, vgl. auch RGZ 18, 93, wo die gleiche Auffassung vertreten wurde.

Schutzfrist zu stellen. Das Reichsgericht vermochte auf Grund dieser strengen Auffassung dem Inhaber des Zeichens keine Hilfe gegen den Beklagten zu gewähren, der inzwischen das Zeichen für sich hatte eintragen lassen. Das zweite Urteil stammt aus dem Jahre 1905 ¹³⁰⁾ und bestimmte, ein Fabrikant von Klosettbecken dürfe ungehindert das Wort "Kodak" als Warenzeichen verwenden, da dieses Zeichen bislang nur in der Warenklasse 9 für Fotoapparate und gleichartige Waren eingetragen sei.

Der zweite Grund für diese Entwicklung war der, daß die einzelnen nordischen Länder ihre Gesetze den jeweiligen Neufassungen der Pariser Konvention anzugleichen wünschten ¹³¹⁾.

Die geschilderte Entwicklung, die sich auch im deutschen Recht vollzog, führte in Skandinavien allerdings zu einer weitergehenden Ausformung des Schutzes für nicht registrierte oder wegen Formmängeln nicht registrierbare Warenbezeichnungen und Ausstattungen ¹³²⁾. Während im deutschen Recht der Schutz des anerkannten sachlichen Zeichenrechts, das sich im Verkehr durchgesetzt hat, aus § 25 WZG entnommen wird, wobei aber dieser Vorschrift eine Bedeutung beigemessen wird, die über den ursprünglichen Sinn und Wortlaut weit hinausgeht ¹³³⁾, also keine spezielle Vorschrift besteht, ist in allen neuen skandinavischen Warenzeichengesetzen jeweils im § 2 ausdrücklich bestimmt, daß auch das im Verkehr bekannt gewordene Kennzeichen den gleichen Schutz und das gleiche Ausschließlichkeitsrecht mit sich bringt wie das eingetragene Warenzeichen ¹³⁴⁾. Allerdings wird hervorgehoben, daß dadurch die Ein-

130) RG in MuW 1905, 73, 90.

131) Andreasen S. 160, Godenhielm in Defensor Legis 58, 211 (213).

132) Heiding, varumärkesrätt S. 12.

133) Baumbach-Hefermehl Rdn. 1 zu § 25, Busse S. 335.

134) NJA II 1960, 197, 211, 214; Knoph, Aandsretten, S. 438, Instilling S. 26, Betaenkning S. 41 und die finnische Prop. N:o 128 (1962 Rd) S. 1-3. Im übrigen gilt in Dänemark sogar das Erstbenutzungsprinzip, vgl. Andreasen S. 160 und in NIR 1946, 138, 145 und in The Scandinavian Market 1936, 128, und Rørdam in GRUR AT 1960, 295 (297).

tragung eines Zeichens ihren Sinn nicht verloren habe, da man hier keinen Beweis für die Verkehrsgeltung brauche, sondern sich auf die reine Eintragung berufen könne; weiter sei es auch ein Vorteil, etwa dem Zeichen entgegenstehende Rechte schon bei Widersprüchen gegen die Eintragung festzustellen und nicht erst im Laufe langwieriger und kostspieliger Prozesse ¹³⁵⁾.

Unter diesen Umständen erkannte man schon damals, daß damit der Schutz eines nicht eingetragenen Warenzeichens soweit entwickelt sei, daß daneben ein Schutz nach den Gesetzen gegen den unlauteren Wettbewerb nicht mehr nötig erscheine ¹³⁶⁾. Inzwischen ist § 9 des schwedischen Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb auch insoweit aufgehoben worden ¹³⁷⁾.

Man kann vornehmlich zwei Gründe für die neuen Gesetzesvorschläge anführen: einmal wollte man nach fast einem Jahrhundert wieder ein einheitliches skandinavisches Warenzeichenrecht schaffen, und deshalb fanden auch häufige Beratungen zwischen den Mitgliedern der Ausschüsse in den einzelnen Ländern statt ¹³⁸⁾; zum anderen meinte man, daß die bisherigen Gesetze trotz ihrer Änderungen veraltet seien und die oft komplizierten Fragen eines modernen Wettbewerbs nicht mehr in zufriedenstellender Weise lösen könnten ¹³⁹⁾. Dies äußerte sich beispielsweise schon darin, daß trotz einer verhältnismäßig geringen Anzahl von Warenzeichen eine bedenkliche Überfüllung der Zeichenrolle eingetreten sei ¹⁴⁰⁾.

135) SOU 1958: 10 S. 89-99, Knoph S. 445, vgl. auch Busse S. 2.

136) Heiding, varumärkesrätt S. 8; über damit zusammenhängende Fragen siehe Uggla in NIR 1960, 248.

137) SFS 1960: 647.

138) SOU 1958: 10 S. 10; finn. Lagutskottets betänkande N:o 5 (Prop. N:o 128 (1962 Rd)), S. 1.

139) NJA II 1960, 196; SOU 1958: 10 S. 32, 384.

140) 1960 waren in Schweden 91 236 Zeichen angemeldet, von denen noch 46 848 in Kraft waren, siehe hierzu NIR 1960, 43; 1961, 50; SOU 1958: 10, letztes Blatt und NJA II 1960, 256. Man begann daher beim Inkrafttreten des neuen Gesetzes mit einer neuen Zahlenserie, die erste Anmeldung erhielt die Nummer 100 001. In Dänemark waren 1954 38 000 Zeichen registriert, vgl. Betaenkning S. 46.

Diese Überfüllung führte man einmal auf die ständige Zunahme von unbenutzten Zeichen zurück ¹⁴¹⁾, zum anderen aber auch auf das Fehlen einer effektiven Klassenregistrierung.

Nach Auffassung des schwedischen Gesetzgebers des Jahres 1884 war nämlich das Zeichenrecht grundsätzlich von "allgemeiner Natur" ¹⁴²⁾ und umfaßte damit stets sämtliche Waren. Dieser Grundsatz galt bis zum Inkrafttreten des jetzigen Gesetzes unverändert für Bildzeichen, während Wortzeichen, die übrigens erst nach einer Gesetzesänderung im Jahre 1897 zugelassen wurden, gemäß § 4 Abs. 1 dieses Gesetzes nur für einzelne, vom Anmelder angegebene Warenarten eingetragen werden durften ¹⁴³⁾. Jedoch gab es weder eine offizielle Klasseneinteilung - erst im Jahre 1949 gab das schwedische Patentamt eine "Om varuslagslikhet" betitelte Schrift heraus, die als Anleitung für die Praxis ¹⁴⁴⁾ bestimmt war, jedoch nicht Gesetzeskraft hatte oder in sonstiger Weise bindend war - noch richteten sich die Gebühren nach der Zahl der Warenklassen. Vielmehr hatte man nach § 3 des alten Gesetzes bei der Anmeldung eine Gebühr von 100 Kronen zu erlegen, von denen 50 Kronen als Anmeldegebühr (ansökningsavgift) und 50 Kronen für die Eintragung und Bekanntmachung (registrering och dess kungörande) bestimmt waren. Der letztere Betrag wurde zurückerstattet, wenn die Anmeldung nicht zur Eintragung führte. Seitenlange Warenverzeichnisse, die bisweilen hunderte und tausende von Waren umfaßten, waren daher recht häufig zu finden ¹⁴⁵⁾. Auch im dänischen Warenzeichenrecht wurde erst mit Inkrafttreten des neuen Gesetzes im Jahre 1959 eine Klassenregistrierung eingeführt ¹⁴⁶⁾.

Ähnliches gilt auch für Norwegen und Finnland. Zwar wurde in Norwegen 1910 ein System mit 30 Klassen ¹⁴⁷⁾ und in Finnland 1926

141) Heiding S. 81, NJA II 1960, 269, SOU 1958:10 S. 177.

142) "principiellt av generell natur", Eberstein S. 51.

143) Levin, Lag med vissa bestämmelser mot illojal konkurrens, S. 101.

144) "En redogörelse för den praxis, som tillämpas av patent- och registreringsverksamhets varumärkesavdeling."

145) NJA II 1960, 256; SOU 1958:10 S. 124.

146) Betaenkning S. 45, 80.

147) Thommessen, Lovene om varemerker og fellesmerker, S. 55, Instilling S. 24.

ein System mit 41 Klassen und einer zusätzlichen Klasse, die alle Waren umfaßte ¹⁴⁸⁾, eingeführt, so daß also die Rechte dieser bei den Länder insofern schon fortschrittlicher waren als die dänischen und schwedischen Zeichenrechte, die dem Anmelder bei der Klassifizierung der Waren völlig freie Hand ließen; doch konnte auch in Norwegen und Finnland ein Anmelder sein Zeichen für jede beliebige Anzahl von Warenklassen schützen lassen, ohne daß sich daraus eine Rückwirkung auf die Gebühren ergab.

- 3) Zur Vorbereitung dieser neuen Gesetze wurde in Schweden im Jahre 1949 auf Veranlassung des Königs ein Sachverständigenausschuß gebildet, dessen Vorsitzender Professor Gösta A. Eberstein war und dem Repräsentanten der Wirtschaft, der Justiz und des Patentamts angehörten ¹⁴⁹⁾. Etwa zur gleichen Zeit wurden auch in Norwegen, Finnland und Dänemark ähnliche Ausschüsse gebildet. Durch die erstrebte skandinavische Übereinstimmung verzögerte sich die Arbeit naturgemäß, so daß der schwedische Ausschuß seinen Vorschlag erst im Jahre 1958 vorlegen konnte. Die entsprechenden dänischen ¹⁵⁰⁾ und norwegischen ¹⁵¹⁾ Vorschläge stammen aus dem gleichen Jahr, während der finnische Vorschlag erst im Jahre 1960 veröffentlicht werden konnte ¹⁵²⁾. Die dänischen und norwegischen Gesetze stammen aus den Jahren 1959 ¹⁵³⁾ und 1961 ¹⁵⁴⁾ ¹⁵⁵⁾.
-

148) Betaenkning S. 44.

149) SOU 1958:10 S. 9

150) Betaenkning 1958, vgl. dazu auch Kobbernagel in Det danske Marked 1958, 205.

151) Innstilling 1958.

152) Betänkande 1960. Ein früherer Vorschlag von Hakulinen stammt schon aus dem Jahre 1944. Das Betänkande 1960 enthält auf den Seiten 40 ff., das SOU 1958:10 auf den Seiten 389 ff. eine Gegenüberstellung der Gesetzesvorschläge, aus denen sich deren große Ähnlichkeit ergibt.

153) Veröffentlicht in Lovtidende for Kongeriget Danmark 1959, Afd. A S. 825, deutsche Übersetzungen in GRUR AT 60, 300 und in Blatt 1960, 161.

154) Veröffentlicht in Norsk Lovtidend, 2. Avd. 1961, 66, deutsche Übersetzung in Blatt 1962, 62.

155) Wegen der schwedischen und finnischen Gesetze siehe S. 31/32, dort Anm. 107 und 108.

In den schwedischen und finnischen Vorschlägen enthielt § 25 Abs. 2 bzw. § 26 Ziff. 3 noch keinen Benutzungszwang. Der schwedische Ausschuß hatte diese Frage erwogen und daher bei seinen vorbereitenden Arbeiten eine Anzahl von Institutionen des öffentlichen Lebens, darunter mehreren Handelskammern, dem Schwedischen Rechtsanwaltsverband (Sveriges Advokatsamfund), dem Stockholmer Oberlandesgericht (Svea Hovrätt) und einer Reihe von Groß- und Einzelhandelsunternehmen die Frage gestellt, ob sie die Einführung eines Benutzungszwanges befürworten würden, von denen die Mehrzahl, nämlich 11, sich für die Einführung aussprachen, während 4 erhebliche Zweifel anmeldeten und 5 sich dagegen aussprachen ¹⁵⁶⁾. Er hatte auch in seiner Stellungnahme hervorgehoben, daß es an sich richtig sei, daß die Eintragung eines Zeichens nur insoweit gerechtfertigt sei, als die Marke tatsächlich benutzt werde, meinte aber dennoch, daß es zweckmäßiger sei, zunächst das praktische Ergebnis der neu einzuführenden Klassenregistrierung nach internationalem System ¹⁵⁷⁾ und mit einer gestaffelten Gebührenordnung ¹⁵⁸⁾ abzuwarten und auf die Einführung eines Benutzungszwanges erst dann zurückzugreifen, wenn sich herausstelle, daß die Klassenregistrierung allein keine Erleichterung zu bringen vermöge ¹⁵⁹⁾.

Zu gleichem Ergebnis, wenn auch mit anderen Begründungen, kamen die dänischen und norwegischen Ausschüsse. Der dänische Ausschuß hatte der Einführung eines Benutzungszwanges ablehnend gegenübergestanden, da er die Handhabung einer solchen Regel für zu kompliziert und zur Entlastung der Zeichenrolle auch nicht so geeignet hielt wie man oft annehme ¹⁶⁰⁾.

Der norwegische Ausschuß hatte ausgeführt, zwar sei es richtig, daß eine Registrierung nur in den Fällen und nur in dem Maße begründet

156) Vgl. hierzu auch die Umfrage zum Armengaud-Entwurf in Frankreich, abgedruckt bei Beier S. 205.

157) NJA II 1960, 196, 257; SOU 1958:10 S. 180.

158) Die Grundgebühr (grundavgift) beträgt jetzt 100 Kronen und umfaßt eine Warenklasse. Für jede weitere Klasse ist eine Zusatzgebühr (tilläggsavgift) von 50 Kronen zu zahlen, § 24 SFS 1960 Nr. 648, vgl. auch NJA II 1960, 257.

159) SOU 1958:10 S. 179.

160) Betaenkning S. 80.

sei, als das Zeichen auch wirklich gebraucht werde, man müsse jedoch bedenken, daß in bestimmten Grenzen auch Bedarf für unbenutzte Zeichen bestehe. Defensivzeichen könnten notwendig sein, um die Konkurrenz in gehörigem Abstand zu halten, das gleiche gelte für Zeichen, die aus Schutzgründen für Waren anderer Klassen eingetragen würden und schließlich auch für Vorratszeichen. Diese Gesichtspunkte seien bereits bei den Beratungen zu dem Gesetz von 1910 entscheidend gewesen und man habe keine Veranlassung, diese Auffassung zu ändern ¹⁶¹⁾ .

Der finnische Ausschuß vertrat allerdings eine andere Auffassung. Zwar wurde der Vorschlag aus dem Jahre 1944 ¹⁶²⁾, der in seinem § 24 Abs. 2 einen Benutzungszwang mit einer Schonfrist von fünf Jahren vorgesehen hatte, nicht aufrecht erhalten, doch enthielt der neue Vorschlag ¹⁶³⁾ in seinem § 26 Ziff. 3 eine Vorschrift, zufolge derer das Zeichenrecht für verwirkt erklärt werden konnte, "...wenn weder der Inhaber des Zeichens noch der, der zum Gebrauch des Zeichens berechtigt ist, Waren verkauft, zum Verkauf bereithält oder einführt, für die die Marke bestimmt ist und daher rechtlicher Schutz fernerhin nicht mehr erforderlich erscheint" ¹⁶⁴⁾ .

Als Begründung wurde angeführt, das Ausschließlichkeitsrecht auf ein Warenzeichen werde nur bewilligt, um dessen Anwendung als Kennzeichen für Waren zu gewährleisten. Benutze jemand sein Zeichen nicht mehr für diesen Zweck, so stelle es einen Mißbrauch dar, wenn der Inhaber dessen ungeachtet anderen den Gebrauch der Marke verwehren würde ¹⁶⁵⁾ .

Diese Vorschrift wurde später jedoch im Parlament auf Vorschlag

161) Innstilling S. 25.

162) Förslag Hakulinen, veröffentlicht 1946.

163) Betänkande 1960.

164) Der Text lautet: "...om varken märkets innehavare eller den till vilken rätten att använda märket upplåtits i näringsverksamhet säljer, tillhandahåller eller inför varor, för vilka märket avsetts, och behov av rättskydd ej längre kan anses förefinnas.

165) Betänkande S. 21.

des Gesetzausschusses¹⁶⁶⁾ geändert und es wurde, wie bereits dargestellt, ein Benutzungszwang mit einer Schonfrist von fünf Jahren eingeführt.

- 4a) Während in den dänischen und norwegischen Parlamenten nichts gegen die Auffassung der Ausschüsse vorgetragen wurde, schlug der schwedische Justizminister bei der Behandlung im Reichstag die Einführung eines Benutzungszwanges vor¹⁶⁷⁾. Er wies zunächst darauf hin, daß auch der Sachverständigenausschuß zum Ausdruck gebracht habe, es sei prinzipiell richtig, daß die Eintragung eines Zeichens nur soweit berechtigt sei, als das Zeichen wirklich benutzt werde. Im übrigen sei diese Frage außerordentlich schwierig, wie sich auch aus den geteilten Meinungen der befragten öffentlichen und privaten Stellen und Organisationen ergebe. Man könne verstehen, daß gewisse Industriezweige ein bestimmtes Maß an Freiheit benötigten und daß sich dort ein Benutzungszwang u. U. sehr hinderlich auswirken könnte.

Auf der anderen Seite sei es jedoch in höchstem Maße zweifelhaft, ob man mit der neu einzuführenden Klassenregistrierung solcher Mißstände Herr werden könne wie z. B., daß Personen aus reiner Gewinnsucht Marken registrieren ließen, ohne sie im Handel in Gebrauch zu nehmen, nur um sich dann von Dritten, die gleichartige Marken registrieren lassen wollten, ihre Einwilligung abkaufen zu lassen. Weiterhin sei auch das Klassensystem allein kein geeignetes Mittel zur Bekämpfung von Defensivzeichen oder von Massenregistrierungen zu reinen Sperrzwecken. Schließlich könne man einen Benutzungszwang auch so milde ausformen, daß dem berechtigten Bedarf an Vorratszeichen, der in gewissen Industriezweigen bestehe, Rechnung getragen werde.

Der Minister schlug daraufhin die Einführung eines Benutzungszwanges mit der Maßgabe vor, die Schonfrist auf fünf Jahre festzusetzen. Weiterhin sollte die Löschung eines Zeichens nur dann möglich sein,

166) Lagutskottets betänkande N:o 5 med anledning av regeringens proposition med förslag till varumärkeslag (1962 års riksdag N:o 128).

167) Prop. 1960:167 S. 149, utl. 1960:39 S. 31.

wenn die Marke während des ganzen Zeitraums überhaupt nicht in Benutzung gewesen sei. Sei die Marke für mehrere Klassen registriert, so solle zum Nachweis der Benutzung der Gebrauch in einer Klasse ausreichen. Bei schwedischen Marken, die ausschließlich im Ausland benutzt würden, solle der Gebrauch auf dem Exportmarkt genügen.

Die vorgeschlagene Vorschrift erhielt darauf den Zusatz: ... "und wenn die Marke in den letzten fünf Jahren nicht gebraucht worden ist" 168).

- b) Hiergegen machte der Abgeordnete Löfgren Bedenken geltend 169). Er wies darauf hin, daß die Entwicklung neuer Waren, besonders neuer Medikamente in der Arzneimittelindustrie oft länger als fünf Jahre dauern könne. Der Justizminister habe für die von ihm vorgeschlagene Frist von fünf Jahren keine Begründung gegeben, er sehe daher keinen Grund, die Frist etwa, wie in England, auf sieben oder gar zehn Jahre zu verlängern, wobei die letztgenannte Frist sogar den Vorteil habe, daß sie dem Gültigkeitszeitraum eines Zeichens entspreche, so daß man gewissermaßen automatisch bei jedem Erneuerungsantrag mit überprüfen könne, ob eine Benutzung stattgefunden habe. Jedoch sei es fraglich, ob eine solche Verlängerung der Schonfrist positive Folgen haben würde. Der Verstopfung der Zeichenrolle würde man auf diese Weise ebensowenig begegnen können wie dem Handel mit Zeichen. Schließlich habe auch jeder die Möglichkeit, sein Zeichen, sobald es auf Grund von Nichtbenutzung gelöscht worden sei, alsbald wieder neu anzumelden.

Ein anderer Weg sei es, einem interessierten Dritten - und nur ihm - die Möglichkeit zu geben, in einem Verfahren vor dem Patentamt, also ohne Mitwirkung der ordentlichen Gerichte, die Löschung eines solchen Zeichens durchzusetzen. Allerdings meint Löfgren, es sei

168) Der Text lautet: „...om märket icke varit i bruk under de fem senaste åren.“ Vgl. Prop. 1960:167 S. 148; utl. 1960:39 S. 30. - Eine ähnliche ausführliche Besprechung des finnischen Warenzeichengesetzes ist weder im finnischen Regierungsvorschlag noch in der Stellungnahme des Gesetzesausschusses enthalten, vgl. 1962 års riksdag N:o 128 und Lagutskottets betänkande N:o 5.

169) Motioner i andra kammaren 1960:II 868.

der demokratischen Tradition Schwedens angemessener, solche Fragen durch die ordentlichen Gerichte in öffentlichen Verhandlungen entscheiden zu lassen.

Schließlich bestehe die Möglichkeit, und diese hält er für am geeignetsten, es bei einer Frist von fünf Jahren bewenden zu lassen, dabei aber dem beklagten Zeicheninhaber die Möglichkeit zu geben, die Nichtanwendung seines Zeichens zu entschuldigen und von einer Löschung abzusehen, wenn seine Gründe triftig seien. Er schlug daher vor, dem § 25 Abs. 2 des Entwurfes die Worte hinzuzufügen ... "wenn dessen Inhaber keine Gründe angibt, weshalb er die Benutzung des Zeichens unterlassen hat" ¹⁷⁰⁾.

Dieser Vorschlag wurde vom Reichstag gebilligt und damit erhielt die Vorschrift ihre jetzige Form.

§ 7: Ausdehnung des Benutzungszwangs auf bereits eingetragene Marken

Bevor nun in den folgenden Teilen der Arbeit die Frage behandelt werden kann, auf welche Weise die Einführung eines Benutzungszwangs in das deutsche Warenzeichenrecht am einfachsten möglich ist, ist zunächst zu erörtern, wieweit die Einführung eines Benutzungszwangs auf bereits eingetragene Rechte ausgedehnt werden müßte und welche Probleme hierbei zu beachten sind.

Es bestünde die Möglichkeit, nur solche Marken einem Benutzungszwang zu unterwerfen, die nach dem Inkrafttreten eines entsprechenden Gesetzes neu angemeldet würden. Auf diese Weise ließe sich jedoch die eingetretene Verstopfung der Zeichenrolle nicht beseitigen, denn diese Überfüllung ist gerade auf die teilweise schon seit Jahrzehnten ¹⁷¹⁾ eingetragenen Zeichen zurückzuführen. Daher würde eine Regelung, die diese Zeichen verschonen würde, nur von sehr geringem Nutzen sein; überhaupt würden positive Auswirkungen erst nach einigen Jahren eintreten können.

170) Der Text lautet: ... "innehavaren icke visar skäl för sin underlåtenhet att använda märket".

171) Vgl. Anm. 41.

Wie diese Überlegung zeigt, müßten auch die bereits eingetragenen Marken mit dem Inkrafttreten eines neuen Gesetzes dem Benutzungszwang unterworfen sein. Die gleiche Regelung ist auch im neuen schwedischen Warenzeichengesetz getroffen worden, wobei besonders darauf hinzuweisen ist, daß diese Lösung den Ausschüssen und Sachverständigen als selbstverständlich erschienen sein muß, denn grundsätzliche rechtstheoretische Erörterungen finden sich nirgends. Im § 51 des neuen Gesetzes ¹⁷²⁾ ist lediglich angeordnet, daß das neue Gesetz auch für alte Zeichen gelten solle, soweit nichts anderes bestimmt sei; denn man wollte es vermeiden, daß späterhin die einzelnen Zeichen nach verschiedenen Vorschriften beurteilt werden müßten ¹⁷³⁾.

Nur um die Wirkungen der Gesetzesänderung nicht allzu unvermittelt eintreten zu lassen, bestimmt § 57 Abs. 2 des neuen Gesetzes, daß die Löschungsklage wegen eines Zeichens, das unter dem alten Gesetz angemeldet worden sei, nicht vor dem Ende des Jahres 1962 ¹⁷⁴⁾ erhoben werden dürfe, wenn sie sich auf Nichtgebrauch in den letzten fünf Jahren stütze ¹⁷⁵⁾.

Eine solche Übergangszeit von zwei oder drei Jahren wäre auch bei der Einführung des Benutzungszwangs in das deutsche Zeichenrecht empfehlenswert, damit die Zeicheninhaber etwas Zeit zur Umstellung haben. Daß der Benutzungszwang jedoch für alle Zeichen gelten

172) Der Text lautet: Den nya lagen skall, med de undantag som nedan stadgas, äga tillämpning jämväl å varumärken som registrerats med stöd av lagen om skydd för varumärken.

173) SOU 1958:10 S. 352, 357.

174) Also rund zwei Jahre nach dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes am 2. Dezember 1960. Bis jetzt sind nur einige Male gerichtliche Maßnahmen auf Grund dieser Vorschrift in Betracht gezogen worden, rechtskräftige Urteile waren aber in der kurzen Zeit (jetzt etwa ein Jahr) ohnehin nicht zu erwarten.

175) Der Text lautet: Talan om hävande enligt 25 § andra stycket av registrering, som meddelats enligt lagen om skydd för varumärken, må, om anspråket grundas på att märket ej varit i bruk under de fem senaste åren, ej väckas före utgången av år 1962. - § 60 des neuen finnischen Gesetzes läßt die Löschungsklage dagegen sofort mit Inkrafttreten des Gesetzes zu.

müßte, ist, wie bereits gesagt, für den Erfolg der Maßnahme unerläßlich.

- 1) Damit erhebt sich die Frage, ob die Unterwerfung alter Zeichen unter eine derartige Vorschrift eines neuen Gesetzes nicht als Enteignung anzusehen ist und ob dadurch gegen das Verbot der Rückwirkung verstoßen würde.

Das geltende Enteignungsrecht findet seine Grundlage im Art. 14 des Grundgesetzes. Nachdem ursprünglich unter der Herrschaft des sogenannten "klassischen" Enteignungsbegriffes lediglich Mobilien und Immobilien als enteignungsfähig angesehen worden waren, während Rechte und Forderungen den Regeln des *ius eminens* bzw. der *iura quaesita* unterlagen¹⁷⁶⁾, vollzog sich allmählich ein Wandel der Auffassungen. Seit Martin Wolff's bahnbrechender Schrift¹⁷⁷⁾ hat sich der sogenannte "moderne" Enteignungsbegriff durchgesetzt, den die heute herrschende Meinung vertritt. Hiernach gelten als enteignungsfähig nicht nur Sachen, sondern auch Rechte und Forderungen, eingeschlossen sind also auch die alten *ius eminens* und *ius quaesitum*. Es unterliegt daher nach heutiger Auffassung keinem Zweifel, daß auch ein Warenzeichenrecht enteignet werden kann¹⁷⁸⁾.

Steht dies fest, so ist weiter zu prüfen, ob die Einführung des Benutzungszwanges für alte Marken eine Enteignung darstellen oder ob es sich nur um eine Eigentumsbindung handeln würde, die eine Entschädigungspflicht nicht auslöst.

-
- 176) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 288 ff., 298; H. Wolff, Verwaltungsrecht, S. 360; Knoll in AöR Bd. 79 S. 483, Palandt-Hoche, Bürgerliches Gesetzbuch, ÜbbI. 1 vor § 903 BGB, Weber in Grundrechte Bd. II S. 331 (bes. 339 m. weit. Nachw.).
- 177) Reichsverfassung und Eigentum, aus: Festschrift für W. Kahl 1924.
- 178) Hubmann in Grundrechte Bd. IV, 1. Halbband S. 1 ff.; Weber ebendort Bd. II S. 331 (339, 367); Ule ebendort Bd. IV, 2. Halbband S. 537 (639); H. Wolff S. 325 ff., Forsthoff S. 275 ff.

Über diese Frage der Abgrenzung von Enteignung und Eigentumsbindung und über die Definition des Begriffes der Enteignung herrscht außerordentlich viel Streit, besonders seit der Nachkriegszeit mit ihrer Zwangswirtschaft auf vielen Rechtsgebieten. Es ist daher im Rahmen dieser Arbeit nicht möglich, auf die Problematik im einzelnen einzugehen ¹⁷⁹⁾.

Nur soviel sei gesagt, daß mehrere Theorien über das Wesen der Enteignung und damit über die Abgrenzung von Enteignung und Eigentumsbindung vertreten werden, von denen als die wichtigste die vom Bundesgerichtshof fortgeführte Einzelakttheorie des Reichsgerichts ¹⁸⁰⁾ und die von Jellinek ¹⁸¹⁾ begründete, vom Bundesverwaltungsgericht vertretene Schutzwürdigkeitstheorie ¹⁸²⁾, der die Theorien Stoedters ¹⁸³⁾ und Schelchers ¹⁸⁴⁾ ähnlich sind, genannt werden müssen. Während die Anhänger der erstgenannten Theorie das Wesen der Enteignung darin sehen, daß durch die betreffende Maßnahme einer oder mehrere Einzelne im Verhältnis zur Allgemeinheit ungleich, besonders getroffen werden, wollen die Befürworter der letzteren Theorie eine Enteignung dann annehmen, wenn es sich um einen besonders

-
- 179) Vgl. nur v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, S. 431 ff.; Raiser in Hdwb. der Sozialwissenschaften, 3. Bd. S. 39; Weber in Grundrechte Bd. II S. 331 (369); Palandt-Hoche ÜbbI. 2a vor § 903 BGB; Anschütz, Verfassung des Deutschen Reiches, S. 711; Knoll in AöR Bd. 79 S. 455; Ipsen und Ridder in VVDStRL Heft 10, 74 (91, 95); Hamann in NJW 1952, 401; Noll in JW 1924, 1900; Kruse, Das Eigentumsrecht, S. 262 ff.; Negro, Das Eigentum, S. 87; Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 146 m. weit. Nachw.; Ferid, Problematik des Eigentums, S. 20 ff.; Fleiner, Einzelrecht und Öffentliches Interesse, S. 32.
- 180) RGZ 49, 241, StGH in RGZ 124 Anh. S. 33 ff., RGZ 127, 280; 128, 165; 129, 146; OGHZ 1, 87 (88, 99), BGHZ 6, 270, BGH in DVBl. 1957, 356 (357), Palandt-Hoche Anm. 5e zu § 903 BGB, Weber in Grundrechte Bd. II S. 331 (344), H. Wolff S. 346, Maunz-Dürig, Grundgesetz, S. 137.
- 181) Verwaltungsrecht S. 413, vgl. H. Wolff S. 365.
- 182) Z.B. in BVerwGE 5, 143 (145), vgl. auch Forsthoff S. 300 ff.
- 183) DÖV 1953, 97 ff., 136 ff.
- 184) AöR Bd. 57 S. 321 ff.

schwerwiegenden, nicht zumutbaren Eingriff handelt.

- a) Wendet man die Grundsätze der Einzelakttheorie an, so ist davon auszugehen, daß nicht einigen bestimmten Warenzeicheninhabern ein Opfer auferlegt wird, das von anderen nicht verlangt wird, sondern daß alle Inhaber bereits eingetragener Zeichen nach der Gesetzesänderung von dem Benutzungszwang betroffen sein würden. Eine solche allgemeine Regelung stellt aber nach ganz herrschender Ansicht keine Enteignung dar, selbst wenn die einzelnen Betroffenen dadurch Nachteile haben sollten¹⁸⁵⁾. Um eine Enteignung würde es sich nur dann handeln, wenn durch die Maßnahme dem einzelnen Betriebe die Weiterführung des Geschäfts gänzlich unmöglich gemacht würde, nie aber dann, wenn es sich letztlich nur um die Festsetzung allgemeiner Grenzen für die Ausübung des Gewerbes handelt¹⁸⁶⁾.
- b) Folgt man der vom Bundesverwaltungsgericht vertretenen Schutzwürdigkeitstheorie und den ihr ähnlichen Theorien Stoedters und Schelchers, so hat man darauf abzuheben, wie schwerwiegend der Eingriff ist; hier herrschen also materielle Kriterien vor.

Um eine Enteignung handelt es sich nach dieser Theorie dann, wenn das Recht in seiner Substanz getroffen wird und das dadurch auferlegte Opfer für den Betroffenen unzumutbar ist¹⁸⁷⁾. In einigen anderen Entscheidungen hat das Bundesverwaltungsgericht auch großen Wert darauf gelegt festzustellen, daß das Wesen der Enteignung darin zu erblicken sei, daß sie einem dem Betroffenen gegenüber fremden Interesse diene¹⁸⁸⁾ und hat z.B. in einer Entscheidung, die einen Fall der Flurbereinigung betraf¹⁸⁹⁾, besonders betont, daß die auf

185) Dies hebt besonders Kruse S. 263 hervor.

186) RGZ 16, 159; 49, 241 (243); 127, 280 (281); 129, 146; OGHZ 1, 87 (88, 99); StGH in RG 124 Anh. S. 33; BGHZ 6, 270; 15, 268 (271); BGH in DVBL. 1953, 370 (371); 1957, 356 (357); Pagenkopf in NJW 1952, 1193; Noll in JW 1924, 1900; H. Wolff S. 346, v. Mangoldt-Klein S. 432; Kruse S. 263, 267.

187) BVerwGE 5, 143 (146), BVerwG in NJW 1962, 2171, Forst-hoff S. 300, H. Wolff S. 347.

188) BVerwGE 3, 335 (337); 4, 57 (60); 8, 95 (97).

189) BVerwGE 8, 95.

diesem Gebiet getroffenen Maßnahmen nicht den Beteiligten fremden Interessen diene oder diesen entgegengesetzt seien, sondern zu ihrem Vorteil veranlaßt worden seien.

Schließlich sei auch zu beachten, daß die Schwere des Eingriffs dann als gemildert angesehen werden müsse, wenn die gleiche Maßnahme alle Eigentümer in ähnlicher Lage gleichermaßen betreffe. Dann nämlich könne von einer spürbaren Beschwer überhaupt nicht gesprochen werden¹⁹⁰⁾, wie überhaupt gewisse Bindungen und Schranken dem Eigentumsbegriff immanent seien¹⁹¹⁾.

Prüft man die oben gestellte Frage unter diesen Gesichtspunkten, so zeigt sich, daß die Einführung des Benutzungszwanges für bereits eingetragene Zeichen auch nach den Schutzwürdigkeitstheorien eine Enteignung nicht darstellen würde.

Einmal steht nämlich fest, daß ein altes Warenzeichenrecht dadurch nicht in seiner Substanz getroffen werden würde, denn nach wie vor würden seinem Inhaber alle Rechte der Veräußerung, der Lizenzerteilung u. dgl. zustehen. Die zeitliche Befristung, die nur unter einer ganz bestimmten Voraussetzung, nämlich der Nichtbenutzung, zur Wirkung kommt, kann nicht als Eingriff in die Substanz des Rechts angesehen werden.

Besonders hervorzuheben ist weiterhin, daß diese Maßnahme im ausgesprochenen Interesse der Wettbewerber liegen müßte, da hierdurch freier Raum für alle geschaffen würde. Insofern stellt die erwähnte Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts über das Flurbereinigungsgesetz¹⁹²⁾ ein recht anschauliches Beispiel dar.

Auch das dritte Kriterium führt zum gleichen Ergebnis, denn durch die Einführung des Benutzungszwangs sollen alle Zeicheninhaber gleichermaßen betroffen werden¹⁹³⁾, so daß von einer spürbaren Beschwer auch nach der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts nicht ge-

190) BVerwG in NJW 1962, 2171 (2172).

191) BVerwGE 4, 57 (60); 11, 68; BVerwG in DÖV 1955, 185 (186).

192) BVerwGE 8, 95 (97), vgl. auch Forsthoff S. 302.

193) Auffallend ist an diesem Punkt die Ähnlichkeit mit der Einzelakttheorie des Bundesgerichtshofes.

sprochen werden kann ¹⁹⁴⁾.

Die Prüfung der eingangs gestellten Frage führt also nach beiden Theorien ¹⁹⁵⁾ zu dem Schluß, daß die Ausdehnung eines Benutzungszwangs auch auf alte Marken keine Enteignung darstellen würde. Mit- hin liegt nur eine Eigentumsbindung vor. Dieses Ergebnis steht in ei- nem befriedigenden Einklang mit dem sich immer stärker durchset- zenden Grundsatz von der Sozialpflichtigkeit des Eigentums und da- mit zugleich der Beschneidung von Monopolrechten.

- c) Das Bekenntnis zur Sozialpflichtigkeit des Eigentums, heute veran- kert in der schon in Art. 153 Abs. 3 der Weimarer Reichsverfassung enthaltenen Vorschrift des Art. 14 Abs. 2 des Grundgesetzes: "Eigen- tum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allge- meinheit dienen." ist im Laufe der Jahrzehnte immer stärker betont worden ¹⁹⁶⁾. Dieser Grundsatz enthält die Verpflichtung für jeden Eigentümer, sein Gut auch im Interesse des allgemeinen Wohls nutz- bringend zu verwalten. Dies gilt nicht nur für das Eigentum selbst, sondern zugleich für alle Monopolrechte, die ja ein in gleicher Weise ausschließliches Recht darstellen wie das Eigentum; auch sie dürfen nicht mißbraucht werden ¹⁹⁷⁾.

194) BVerwG in NJW 1962, 2171 (2172).

195) Damit erübrigt sich auch ein Eingehen auf den Streit, welche Theorie überlegen sei, siehe hierzu nur Forsthoff S. 300, Weber in Grundrechte Bd. II S. 331 (372), Schack in JZ 1958, 209 und in NJW 1963, 750.

196) Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 237, Anschütz S. 704, Maunz-Dürig S. 137, v. Mangoldt-Klein S. 413, Ridder in VVDStRL Heft 10 S. 74 (136). Erinnert sei in diesem Zusam- menhang an das englische Statute of Monopolies aus dem Jahre 1628, das u. a. allen Patentinhabern nahelegte, sich von jedem Verdacht zu befreien, daß sie die Wirtschaft des Vereinigten Königreichs durch ihre Patentrechte behindern wollten, vgl. Terrell and Shelley, On the Law of Patents, S. 248 und Price, The English Patents of Monopoly, bes. S. 3-46.

197) v. Mangoldt-Klein S. 433, Coing, Grundzüge der Rechtsphilo- sophie, S. 173, Radbruch S. 242, Friedrich in Mitt. 1959, 275 (279).

Damit hat diese Auffassung den aus dem römischen Recht stammenden, noch bis zum Bürgerlichen Gesetzbuch geltenden Begriff von dem "unverletzlichen, geheiligten Eigentum"¹⁹⁸⁾, der seinen Ausdruck auch im Code Napoléon und im österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch von 1811 fand, überwunden¹⁹⁹⁾. In unserer heutigen Zeit werden die Inhaber von Monopolrechten immer stärker zur Verantwortung herangezogen, Einschränkungen zum Wohle der Allgemeinheit werden immer zahlreicher^{200) 201)}.

- 198) Im I. Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch hieß es noch in § 903, der Eigentümer habe die Befugnis, mit der Sache "nach Willkür" zu verfahren, siehe Palandt-Hoche, ÜbbI. 1 vor § 903 BGB.
- 199) RGZ 52, 373 (376); 89, 120 (121); Peter, Wandlungen der Eigentumsordnung, S. 97, 125, Forsthoff, S. 301, Knoll in AöR Bd. 79, S. 455 (484), Kruse S. 7, Ferid S. 19 ff. Vgl. auch den bekannten Fall des Charles Cunningham Boycott, der gegen Ende des 19. Jahrhunderts als Gutsverwalter mit seinen Pächtern so unerbittlich verfuhr, daß er sich den Haß des ganzen Landes zuzog, keiner mehr etwas von ihm kaufte oder ihm etwas verkaufte und er keine Angestellten fand. Schließlich wurde er durch die irische Landliga zur Auswanderung gezwungen, vgl. hierzu Brodnitz und v. Heckel in Hdwb. der Staatswissenschaften, 5. Band S. 700 bzw. 8. Band S. 271 (274).
- 200) Vgl. hier besonders Urteile auf dem Gebiet der Wohnungszwangswirtschaft, die wegen der Wohnungsknappheit, die der Zeichenknappheit vergleichbar ist, recht anschaulich sind: BGH in DVBl. 1957, 356 (357), BGHZ 15, 268 (275), weiter Ipsen VVDStRL Heft 10 S. 74 (85), Peter, Wandlungen der Eigentumsordnung, S. 66, Nipperdey, Kontrahierungszwang und diktiertter Vertrag, S. 1 ff.
- 201) Schon John Locke, Two Treatises of Government, schrieb, jeder Mensch verdiene nur soviel Besitz, als er bearbeiten und nutzen könne, denn nur durch Arbeit ent- und bestehe ein Recht auf Eigentum, vgl. S. 308; Negro S. 7 berichtet über die gleiche Einstellung schon aus der Bronzezeit. Vgl. weiter Gahen in JW 1927, 774 (775).

Das geschieht einmal durch das Verbot mißbräuchlichen Ausnutzens von Monopolstellungen, wie z. B. durch das Gesetz über Wettbewerbsbeschränkungen²⁰²⁾ oder auch durch die zeitliche Begrenzung von Rechten, wie sie gerade auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes üblich ist²⁰³⁾. In der Tat ist das Warenzeichenrecht das einzige Recht, das in dieser Hinsicht nicht beschränkt ist. Schließlich sind auch Maßnahmen möglich, durch die der Inhaber eines Monopolrechts gezwungen werden kann, sein Recht durch andere nutzen zu lassen²⁰⁴⁾.

In diesem allgemein zu beobachtenden Zug zu einer stärkeren Beschränkung und Begrenzung der Monopole und der mehr und mehr betonten Sozialpflichtigkeit des Eigentums macht das geltende Warenzeichenrecht eine nicht zu rechtfertigende Ausnahme. Im Widerspruch zu der geschilderten Entwicklung ist es auf diesem Rechtsgebiet noch immer möglich, mit der Eintragung eines Zeichens ein Monopolrecht zu erwerben, das man später nie mehr zu benutzen braucht und, wenn man will, sogar ausschließlich zur Behinderung

202) Vgl. Anm. 73. Der gleiche Gedanke liegt auch dem Kontrahierungszwang zu Grunde: wer eine rechtliche oder tatsächliche Monopolstellung innehat, ist verpflichtet, mit jedem Dritten Verträge abzuschließen, vgl. nur §§ 1, 8 Fernmeldeanlagen-gesetz, §§ 1, 6 Energiewirtschaftsgesetz, §§ 1, 3 Postgesetz, weiter Forsthoff S. 364, Nipperdey S. 33, 57, Maunz-Dürig Rdn. 58 zu Art. 2 Abs. 1 GG, Enneccerus-Nipperdey S. 1000 (§ 162 IV 2), Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, S. 288, 298, 306 ff., besonders für das Urheberrecht Ulmer S. 186, der z. B. die GEMA einem Kontrahierungszwang unterstellt sehen möchte, da sie praktisch ein Monopol darstelle.

203) §§ 29 IUG, 25 KUG: 50 Jahre, § 10 PatG: 18 Jahre, § 8 GeschmMuG: 1-3 Jahre, § 14 GebrMuG: 3 Jahre.

204) Vgl. auch die Zwangslizenz nach §§ 15, 37 PatG, ebenso § 15 des schwedischen und sec. 37 des englischen Patentgesetzes, die eine Popularklage gewähren, wenn der Inhaber des Patents innerhalb von drei Jahren nach der Anmeldung dieses noch nicht verwertet hat, worauf dann das Gericht bestimmt, wieviel Entschädigung zu zahlen ist und in welchem Umfang das Patent ausgenutzt werden darf. Die Grundidee ist die gleiche, hier handelt es sich um den allgemeinen technischen Nutzen, dort um den allgemeinen Sprachgebrauch.

und Störung der Konkurrenz verwenden kann²⁰⁵⁾. Mögen auch die Gerichte in den einzelnen Prozessen solchen Methoden wehren, so ist doch damit das Grundübel nicht beseitigt, denn das Monopolrecht als solches, nämlich das formale Zeichenrecht, bleibt unangetastet bestehen und dessen Inhaber kann sich ungehindert in jedem Rechtsstreit erneut darauf berufen²⁰⁶⁾. Auch diese Überlegungen zeigen, daß der Grundsatz von der Sozialpflichtigkeit des Eigentums auf dem Gebiet des Warenzeichenrechts bisher weitgehend vernachlässigt worden ist und Maßnahmen, die zu einer stärkeren Eigentumsbindung führen, gerade auch aus diesem Grunde besonders zu begrüßen sind.

- 2) Sind also aus dem Gesichtspunkt der Enteignung keine Bedenken zu erheben, so gilt gleiches auch für die Frage der Rückwirkung. Dies soll im Folgenden ausgeführt werden:

Man unterscheidet zwischen der sogenannten echten und unechten Rückwirkung und bezeichnet als echte rückwirkende Gesetze solche, die schon für einen Zeitraum vor dem Inkrafttreten Geltung haben sollen. Mit Ausnahme des Strafrechts (Art. 103 Abs. 2 GG, nulla poena sine lege) sind solche Gesetze nicht grundsätzlich verboten²⁰⁷⁾, obwohl bestimmte Einschränkungen zu beachten sind²⁰⁸⁾. Auf Einzelheiten braucht hier nicht eingegangen zu werden, da der Vorschlag der Einführung eines Benutzungszwanges, zumal wenn eine gewisse Übergangszeit vorgesehen ist, schon begrifflich nicht diesen Tatbestand erfüllt.

205) Gewiese in GRUR 1936, 297; Nipperdey in DRZ 1950, 193; Kohler S. 147, Pinzger-Schröter S. 22, Thiele in GRUR 1949, S. 268, Freund-Magnus-Jüngel S. 661, Friedrich in Mitt. 1959, 275, Becher in GRUR 1958, 324, Reimer S. 251, Rosenthal Rdn. 71b zu § 1 und in GRUR 1926, 184, Osterrieth in GRUR 1920, 40 (41), Bussmann-Pietzcker-Kleine S. 130, Baumbach-Hefermehl Rdn. 11, 14, 17 zu § 1.

206) Vgl. S. 21.

207) BVerfGE 11, 139 (145), H. Wolff S. 112, Kimminich in JZ 1962, 292, 518 m. weit. Nachw.

208) Forsthoff S. 139, 140, dort bes. Anm. 1, BVerfGE 2, 237 (265), Maunz S. 104.

Vielmehr würden hier sogenannte unechte Rückwirkungen vorliegen. Diesem Begriff liegt die Erkenntnis zugrunde, daß jedes neue Gesetz in bestehende Rechte und Rechtsverhältnisse eingreift, auch wenn es erst mit oder nach der Verkündigung in Kraft tritt. Hiergegen können jedoch Bedenken nicht erhoben werden, denn niemand hat ein Recht darauf, daß ein Rechtszustand für alle Zeiten so geregelt bleibt, wie er einmal im Zeitpunkt der Begründung des Rechts oder Rechtsverhältnisses geregelt war. Dies gilt besonders für zeitlich offene Dauertatbestände, wie z.B. Konzessionen und natürlich auch Warenzeichenrechte²⁰⁹⁾.

Da diese Prüfungen stichhaltige Einwände gegen die Einführung eines Benutzungszwangs nicht erbracht haben, sollen nun im Folgenden Möglichkeiten erwogen werden, wie man diesen auszuformen hätte und wie man ihn am einfachsten in das deutsche Zeichenrecht einführen könnte. Dabei soll mit der Erörterung der zweiten Frage begonnen werden.

§ 8: Das Problem der Einführung eines Benutzungszwangs de lege lata

Die einfachste Lösung wäre es natürlich, wenn man einen Benutzungszwang auf dem Boden des geltenden Rechts, also ohne Gesetzesänderungen, rechtlich begründen könnte.

- 1) Einige Kritiker halten diesen Weg für gangbar und schlagen ihn deshalb als Mittel gegen die Überfüllung vor²¹⁰⁾. Für diese Ansicht spricht, daß schon der Wortlaut des § 1: "Wer sich eines Warenzeichens... bedienen will..." darauf hinweist, daß Marken, deren Inhaber diesen Benutzungswillen nicht oder nicht mehr haben, den

209) Krückmann in JW 1928, 646 (647); RG in JW 1902, 175 (176), Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, S. 302, und in Einzelrecht S. 32, Meyer-Cording in JZ 1952, 161, Sieg in SJZ 1950, 878 (879), H. Wolff S. 115.

210) Thiele in GRUR 1949, 268 (270), Friedrich in Mitt. 59, 275, wohl auch Baumbach-Hefermehl Rdn. 17 zu § 1.

Schutz nach diesem Gesetz nicht sollen in Anspruch nehmen können.

- 2) Weiter könnte man auch darauf verweisen, daß die Vorrats- und Defensivwaren anders behandelt werden. Defensivwaren sind betriebsfremde Waren, die im Geschäftsbetrieb nicht geführt werden und auch nicht geführt werden sollen und mit denen ein Wettbewerber sich einen weiteren Schutz verschaffen will, als er ihm nach der Art und Produktion seines Betriebes zukommt ²¹¹⁾. Sie werden nicht als zulässig angesehen; sind für einen Betrieb dennoch Defensivwaren eingetragen, so unterliegen sie gemäß § 11 Abs. 1 Ziff. 2 der Löschung. Ähnliches gilt für die Vorratswaren, d.h. Waren, die in der Produktion noch nicht geführt werden, also noch betriebsfremd sind, aber demnächst produziert werden sollen. Hier wird die Eintragung selbst zugelassen, jedoch droht die Löschung auch hier, wenn die Vorratswaren nicht binnen angemessener Frist in die Fertigung aufgenommen worden sind ²¹²⁾.

Es ist dabei zuzugeben, daß Vorrats- und Defensivwaren andere Aufgaben haben als Vorrats- und Defensivzeichen und daß sie sich daher nur bedingt vergleichen lassen. Gemeinsam ist ihnen aber die unberechtigte bzw. noch unberechtigte Blockierung der Zeichenrolle. Man könnte daher mit dem gleichen Recht, mit dem man einerseits von betriebsfremden Waren spricht, auch von betriebsfremden Zeichen sprechen, denn in beiden Fällen ist die Erweiterung des Schutzbereiches eines Zeichens beabsichtigt, nur handelt es sich einmal um den Verwechslungsbereich und einmal um den Gleichartigkeitsbereich ²¹³⁾.

- 3) Jedoch erscheint dieser Weg nach den gemachten Erfahrungen nicht gangbar:
- a) Die Rechtsprechung hält trotz der vielfachen Kritik und mannigfaltiger Gegenargumente nach wie vor an der Auffassung fest, daß das

211) Baumbach-Hefermehl Rdn. 12 zu § 1, Kohler S. 147. Nach englischem Recht sind Defensivwaren allerdings zugelassen, wenn auch nur zum Schutz bekannter Marken.

212) Reimer S. 252, Bock in LM Nr. 11 zu § 1, Bl. 1407 m. weit. Nachw.

213) Beier S. 176.

formale Zeichenrecht nicht angetastet werden könne und auch das lange Zeit unbenutzt gebliebene Zeichen als solches weiter in der Rolle belassen werden müsse. Dies hat sich in letzter Zeit wieder daran erwiesen, daß der Bundesgerichtshof trotz aller nach dem Urteil vom 3. Juli 1953²¹⁴⁾ erhobenen Angriffe²¹⁵⁾ in seiner bisher neuesten Entscheidung vom 29. März 1960²¹⁶⁾ wieder die gleiche Auffassung vertrat, obwohl es sich in diesem Falle um ein schon siebenzig Jahre altes Zeichen handelte, eine Löschungsklage hier also umso eher möglich gewesen wäre²¹⁷⁾. Es ist Mittelstädt zuzustimmen, wenn er sagt²¹⁸⁾, daß eine auf gesunder Erkenntnis des Rechts beruhende Judikatur im Ergebnis immer noch eher zur Reinigung des Geschäftslebens führen werde als die strenge Auslegung formaler Bestimmungen; die Schwierigkeit besteht aber gerade darin, daß man die Rechtsprechung schließlich nicht zu gesunden Erkenntnissen zwingen kann.

b) Scheidet also dieser Weg über die Rechtsprechung auch für die Zukunft wohl aus, so kann andererseits von den bisher angewandten Grundsätzen des "Rechts höherer Ordnung", der Verwirkung u. dgl. ebenfalls nicht viel mehr erhofft werden, denn hier handelt es sich nur um Generalanweisungen für den Richter, die zur Entscheidung des Einzelfalles nicht geeignet sind²¹⁹⁾. Das hat die bisherige Entwicklung zur Genüge bewiesen.

4) Schließlich aber erscheint dieser Weg auch aus den Gesichtspunkten der Rechtssicherheit und der Zweckmäßigkeit nicht empfehlenswert.

Es würde nämlich einer ganzen Reihe von höchstrichterlichen Entscheidungen bedürfen, um einen Benutzungszwang zu begründen

214) BGHZ 10, 211.

215) Vgl. nur Völp in WuW 1959, 89, Friedrich in Mitt. 1959, 275, v. Kreisler-Rupprecht in GRUR 1954, 424, Becher in GRUR 1958, 324.

216) BGHZ 32, 133.

217) Vgl. S. 19.

218) GRUR 1927, 137 (144).

219) Spengler S. 39, Thiele in GRUR 1949, 268 (270), auch Seligsohn in GRUR 1927, 636 (640) warnte schon vor der dadurch entstehenden Unsicherheit.

und auszuformen, mit dessen Regeln (Länge der Schonfrist, Benutzung in nur einer Klasse, wenn das Zeichen für mehrere Klassen eingetragen ist, Benutzung nur auf dem Exportmarkt u.dgl.) sich verläßlich arbeiten ließe. Bis dahin bestünde eine unerträgliche Rechtsunsicherheit.

Damit hängt weiter zusammen, daß eine derartige Umstellung der Rechtsprechung - einmal unterstellt, sie würde sich wirklich vollziehen - einen gewissen Zeitraum erfordert. Auch das wäre nur schwer zu ertragen; denn die Überlastung der Zeichenrolle erfordert rasche Maßnahmen.

Zusammenfassend muß daher gesagt werden, daß eine klare und verständliche, schnelle gesetzliche Regelung einer allmählich und unsicher sich vollziehenden Umstellung der Rechtsprechung, auf die sich überdies nicht einwirken läßt, jedenfalls vorzuziehen ist. Sie kann sich sowohl für die Markenwarenindustrie als auch für die Konsumenten nur positiv auswirken. Es ist daher mit der überwiegenden Meinung des Schrifttums davon auszugehen, daß nur eine Einführung durch Gesetz in Betracht kommt 220).

§ 9: Das Problem der Einführung eines Benutzungszwangs de lege ferenda

Bei einer gesetzlichen Begründung des Benutzungszwangs ist zu bedenken, daß Art und Ausformung des Benutzungszwangs in einem neuen Gesetz von vornherein auf das Genaueste bestimmt werden müßten, damit naheliegende Schwierigkeiten erst gar nicht entstehen

220) Groß in GRUR 1955, 81, v. Kreisler-Ruprecht in GRUR 1954, 434 (439, 440), v. Kreisler in GRUR 1953, 179 (181), Callmann in GRUR AT 1959, 162 (164), Tetzner S. 95, Spengler S. 39, Ulmer S. 66, Klauer in JW 1933, 1524, Osterrieth in GRUR 1920, 126 (127), Seligsohn in GRUR 1927, 636 (638), Reimer in GRUR 1932, 345, offenbar auch Spieß in Betrieb 1949, 417.

können. Gemeint sind hier beispielsweise die Fragen, unter welchen Voraussetzungen von einer Benutzung gesprochen werden kann, welches Lösungsverfahren das am besten geeignete ist, wie lang die Schonfrist sein sollte und ähnliche Probleme.

Hierauf soll im Folgenden unter Berücksichtigung der Erfahrungen, die in anderen Ländern gemacht worden sind, eingegangen werden.

1) Dabei dürfte es das Wichtigste sein, genau festzulegen, unter welchen Voraussetzungen von einer Benutzung gesprochen werden kann. Über diese Frage muß Klarheit herrschen, andernfalls läßt sich mit einer solchen Vorschrift von vornherein nicht arbeiten ²²¹⁾.

a) Zur Definition des Begriffes würde Literatur und Rechtsprechung in Ländern, die den Benutzungszwang kennen, weitgehend beitragen können, wie in einigen Beispielen aus dem schweizerischen und dem englischen Warenzeichenrecht gezeigt werden soll. Nach David ²²²⁾ ist unter Gebrauch nur der ernsthafte Gebrauch zu verstehen, die ständige, wenn auch noch so bescheidene Benutzung einer Marke. Ähnliches gilt für das englische Warenzeichenrecht, das den Begriff des "bona fide use" geprägt hat ²²³⁾. Beiden Rechten ist also das stark subjektive Moment gemeinsam; sie heben den Willen zur Benutzung hervor, der sich im tatsächlichen Gebrauch des Zeichens auswirkt. Von dieser subjektiven Betrachtungsweise geht bekanntlich auch das deutsche Zeichenrecht aus, wenn es im § 1 heißt, daß jemand eine Marke eintragen lassen kann, wenn er sich ihrer bedienen "will".

b) Mit dieser Definition läßt sich auch der von den Gesetzen dieser Länder geforderte ernsthafte Gebrauch vom sogenannten Schutz- oder Scheingebrauch unterscheiden, d.h. dem lediglich formellen Gebrauch, der nur den Nachweis der Benutzung erbringen soll, damit die sonst drohende Löschung verhindert werden kann ²²⁴⁾, der

221) So auch Axster in GRUR 1955, 81.

222) S. 119, 179.

223) Sec. 26 Trade-Mark Law, vgl. auch Kerly, Trade-Marks, S. 192.

224) Tetzner S. 108, Beier S. 57 m. weit. Nachw., für das schweizerische Recht David S. 119, 179 m. weit. Nachw., für das englische Recht Kerly S. 190, für das kanadische Recht Fox, The Canadian Law of Trade Marks, S. 449 m. weit. Nachw.

also keinen echten Gebrauch im eigentlichen Sinne darstellt und daher nicht schutzfähig ist ²²⁵⁾.

- c) Nach englischem und schweizerischem Recht ist ferner Bedingung, daß das Zeichen markenmäßig gebraucht wird, d.h. sichtbar auf dem Erzeugnis oder auf dessen Verpackung ²²⁶⁾. Hervorgehoben wird besonders, daß ein Gebrauch in der Literatur, aber auch durch Versendung von Mustern, durch Aufführung in Warenverzeichnissen u.ä. nicht als Gebrauch im Sinne des Gesetzes anzusehen ist ²²⁷⁾. Auch diese Auffassung ist zu billigen, und die Übernahme in ein kommendes deutsches Zeichenrecht zu empfehlen.
- d) Ebenfalls zu empfehlen ist nach dem Muster des neuen schwedischen Warenzeichengesetzes, daß es für den Nachweis der Benutzung ausreichen soll, wenn ein Zeichen, das für mehrere Warenklassen registriert ist, auch nur für Waren einer dieser Klassen benutzt worden ist; bei Exportmarken sollte die Benutzung auf dem Exportmarkt ausreichend sein ²²⁸⁾. Es besteht nämlich kein Grund, den Benutzungszwang, wenn er einmal eingeführt sein wird, nicht liberaler auszugestalten.
- 2) Eine weitere Frage von großer Wichtigkeit ist auch die Länge der Sperrfrist. Italien, Kanada, die Schweiz, die Niederlande und eine Reihe anderer Staaten haben eine solche von drei Jahren, England, Schweden und andere Länder haben eine solche von fünf Jahren, in den USA beträgt die Sperrfrist sechs Jahre. Für das deutsche Recht haben v. Kreisler-Ruprecht eine Frist von zehn Jahren vorgeschlagen ²²⁹⁾.

225) Auch das französische Recht verlangt die markenmäßige Benutzung zur fortlaufenden, einheitlichen Kennzeichnung bestimmter Erzeugnisse des Markeninhabers, vgl. Beier S. 57 ff. m. weit. Nachw.

226) Sandreuter, Rechtliche Natur des Markenrechts, S. 54, Blum, Markenrecht, S. 93, David, S. 179, Callmann in GRUR AT 1958, 562; 1959, 162 (165).

227) Kerly S. 190, David S. 119, 179, Beier S. 87 für das französische Recht. Die Bedenken von Breme in GRUR 1950, 17 teile ich nicht.

228) Vgl. S. 43, weiter v. Kreisler-Ruprecht 1954, 434 (439), mit gewichtigen Gründen auch Louis in Mitt. Bl. 1954, 87 (88), Handelsgericht Zürich in GRUR AT 1952, 186, David S. 119.

229) GRUR 1954, 434 (439).

Grundsätzlich muß hierzu gesagt werden, daß jede Fristsetzung, und sei sie noch so lang bemessen, besser ist als der gegenwärtige Zustand. Der Vorschlag von v. Kreisler-Ruprecht würde bedeuten, daß das deutsche Warenzeichenrecht die längste Sperrfrist von allen Ländern der Welt haben würde, diese Frist hätte jedoch zugleich den Vorteil, daß sie dem Gültigkeitszeitraum eines Zeichens (§ 9: zehn Jahre) entsprechen würde. Dann könnte bei jedem Verlängerungsantrag mit geprüft werden, ob das Zeichen bisher in Benutzung genommen worden ist, man könnte also zwei Arbeitsgänge zusammenfassen. Um diese Arbeit noch weiter zu erleichtern, könnte man wie im Warenzeichenrecht der USA verlangen, daß bei jedem Verlängerungsantrag von dem Inhaber ein Affidavit, eine eidesstattliche Erklärung, mit vorgelegt wird, in der er versichert, daß er das Zeichen in Gebrauch hat²³⁰⁾.

Es ist jedoch zweifelhaft, ob man ein solches Verfahren empfehlen sollte; denn es würde sich bereits dann nicht mehr eignen, wenn die Löschung etwa nur auf Intervention Dritter herbeigeführt würde. Eine weitere Voraussetzung ist es, daß man eine Schonfrist von zehn Jahren gutheißt.

Aus der Aufstellung bei v. Kreisler-Ruprecht²³¹⁾ ergibt sich, daß die meisten Länder eine Sperrfrist von fünf Jahren haben, die bekanntlich auch in den neuen schwedischen und finnischen Warenzeichengesetzen eingeführt worden ist, im übrigen auch schon früher in skandinavischen Diskussionen aufgetaucht war²³²⁾.

Weiter läßt sich in diesem Zusammenhang auch auf die Pariser Verbandsübereinkunft verweisen, in der der jetzt geltende Wortlaut des Art. 5 C Abs. 1 nur die Formulierung enthält, daß bei der Anordnung eines Benutzungszwanges eine angemessene Frist gelassen werden muß, in den aber vermutlich in Zukunft eine Frist von fünf Jahren

230) United States Code Title 15 chap. 22 sec. 1058 - Lanham Act § 8, auch abgedruckt bei Bennett, Trade Marks, Ziff. 32. An diese Möglichkeit denken auch Leszner und v. Kreisler, Mitt. Bl. 1954, 87 (88).

231) GRUR 1954, 434 (436).

232) v. Zweigbergk in NIR 1946, 48.

eingefügt werden wird²³³⁾. Auf der Konferenz in Lissabon 1958 hatte nämlich die schwedische Delegation vorgeschlagen, statt des ungenauen Begriffs "angemessene Frist" eine bestimmte Zeitspanne festzusetzen, die fünf Jahre betragen sollte. Der Vorschlag hatte weithin Beifall gefunden, scheiterte jedoch schließlich am Widerstand der japanischen Delegation, die sich weigerte, die in Japan geltende und als zufriedenstellend empfundene Schonfrist von drei Jahren zu verlängern²³⁴⁾, allerdings zusagte, die Frage einer weiteren Überprüfung zu unterziehen²³⁵⁾.

Im übrigen ist eine Schonfrist von fünf Jahren bei der Einführung eines Benutzungszwangs auch vorgeschlagen worden von Osterrieth²³⁶⁾, Spieß²³⁷⁾, Hakulinen²³⁸⁾, Ladas²³⁹⁾, Callmann²⁴⁰⁾, Röttger²⁴¹⁾, Ghensi und Armengaud²⁴²⁾ und auf der Tagung des Comité Executif 1957 in Oslo²⁴³⁾. Sie findet sich auch in Art. 6 des Benelux-Entwurfs²⁴⁴⁾ und ist für eine kommende EWG-Marke vorgeschlagen worden²⁴⁵⁾.

233) Eine Fünfjahresfrist schlug auch Reimer in MuW 1926, 168 (170) für Vorratswaren als angemessen vor, wobei er sich auf das englische Markenrecht bezog. Vgl. weiter LG Köln in MuW 1927/28, 320 (321).

234) Art. 50 des japanischen WZG, abgedruckt in EHS-Bulletin, Vol. VI.

235) Deutscher Bericht von Moser v. Filseck in GRUR AT 1959, 57 (81), 414 (417), schwedischer Bericht von Uggla in NIR 1958, 155 (168).

236) GRUR 1920, 126 (127).

237) Betrieb 1949, 417.

238) Förslag S. 69, NIR 1945, 153 (156).

239) GRUR AT 1957, 116.

240) GRUR AT 1958, 560 (565) und 1959, 161 (164).

241) GRUR AT 1959, 329 (334).

242) Bei Beier S. 202.

243) GRUR AT 1957, 486 (487).

244) GRUR AT 1959, 464. Hier besteht jedoch eine Besonderheit darin, daß die Löschung auch bei Nichtbenutzung innerhalb von drei Jahren nach der Hinterlegung möglich ist.

245) Beier S. 216.

Es läßt sich für die offensichtliche Bevorzugung dieser Frist gegenüber einer anderen kein absolut stichhaltiges Argument finden. Für den Bereich des deutschen Rechts könnte man sagen, daß, wenn die Schutzfrist eines Zeichens zehn Jahre beträgt und es erlischt, wenn nicht rechtzeitig ein Verlängerungsantrag gestellt wird, vom Zeicheninhaber verlangt werden kann, nach längstens der Hälfte der Schutzzeit zu beweisen, daß er Verwendung für das von ihm angemeldete Zeichen habe, anderenfalls er mit der Löschung rechnen müsse.

In England entschloß man sich für eine Fünfjahresfrist auf Grund der Überlegung, daß ein Kaufmann etwa zwei Jahre benötige, bis die Eintragung des Zeichens erfolgt sei und dann abermals zwei bis drei Jahre vergingen, bis das Fertigungsprogramm so weit ausgebaut worden sei, daß er die Marken in Benutzung nehmen könne ²⁴⁶⁾.

Es soll auch hier vorgeschlagen werden, bei einer künftigen Änderung des deutschen Warenzeichengesetzes eine Schonfrist von fünf Jahren einzuführen. Es kann von den Wettbewerbern erwartet werden, ein Zeichen innerhalb dieses Zeitraums in Benutzung genommen zu haben. Auf der anderen Seite ist es auch den Konkurrenten zuzumuten, so lange zu warten, bis ihnen durch die Löschung des Zeichens der Weg freigemacht wird. Der vorgeschlagenen Zehnjahresfrist kann hier nicht beigespflichtet werden, denn die Konkurrenz müßte zu lange warten, bis die Löschung eines hinderlichen Zeichens ihr die Eintragung ihres Zeichens ermöglicht.

- 3) Eine weitere Frage ist es, auf welche Weise die Löschung herbeigeführt werden sollte, ob von Amts wegen oder nur auf Antrag einer interessierten Partei und durch Urteil eines ordentlichen Gerichts oder in einem Verfahren vor dem Patentamt selbst.

Sicher würde sich bei einer Löschung von Amts wegen der Ablauf der Schonfrist genau überwachen lassen. Diese Genauigkeit ließe sich jedoch nur auf Kosten eines umständlichen Verfahrens und nur mit einem erheblichen Aufwand an Kosten und Personal erreichen ²⁴⁷⁾, der nicht erforderlich scheint.

246) Report and Special Report from the Select Committee on the Trade Marks Bill, veröffentlicht in HMSO 1905, 107 (§ 1159), und 125 (§§ 1500, 1501).

247) Richter in GRUR 1955, 81.

Es dürfte jedoch ausreichend sein, wenn den Wettbewerbern ein Mittel an die Hand gegeben wird, die Benutzung eines Zeichens durch einen Konkurrenten zu überwachen, um nach ergebnislosem Ablauf der Schonfrist das Lösungsverfahren einleiten zu können. Es ist davon auszugehen, daß ein Wettbewerber, der ein bestimmtes Zeichen eintragen lassen möchte, aber durch ein bereits registriertes Zeichen daran gehindert wird, sehr genau darauf achten wird, ob und wann der Ablauf der Schonfrist ihm eine Angriffsmöglichkeit bietet.

Solange jedoch niemand den Ablauf der Sperrfrist bemängelt, weil er ein gleiches oder verwechslungsfähiges Zeichen anmelden möchte, kann es nicht schaden, wenn das Zeichen vorerst weiter in der Rolle verbleibt, besteht doch ständig die Möglichkeit, im Bedarfsfalle auf die Löschung zu dringen. Mag man dies getrost dem Wettbewerber überlassen²⁴⁸⁾.

Man spart sich hierdurch weiter auch eine sonst erforderliche Überwachung, daß nicht ein von Amts wegen gelöscht Zeichen sofort - und sei es durch Strohmänner - wieder neu eingetragen wird; denn nach dem hier vorgeschlagenen Verfahren hat sich die Konkurrenz das Zeichen dann schon selbst gesichert.

Es erscheint daher auch nicht nötig, außer einem interessierten Dritten noch beruflichen Organisationen oder Behörden, so wie es in Schweden und in Finnland²⁴⁹⁾ der Fall ist, die Möglichkeit zu geben, die Löschung eines unbenutzt gebliebenen Zeichens durchzusetzen; dies können die Wettbewerber in jedem Fall selbst besorgen.

Das Lösungsverfahren selbst sollte aus Gründen der Schnelligkeit und der Einfachheit zunächst vor dem Patentamt stattfinden. Es wären nach dem Muster des kanadischen²⁵⁰⁾ und des nordamerikanischen²⁵¹⁾ Warenzeichenrechts Gremien zu bilden, die über die

248) Art. 9 MSchG, Sandreuter S. 82, vgl. auch Motioner i andra kammaren 1960:II 868.

249) § 26 vml bzw. § 27 des finnischen Warenzeichengesetzes.

250) 1-2 Elizabeth II Chap. 49, sec. 35 - § 35 des kanadischen Trade Marks Act.

251) United States Code Title 15 chap. 22 sec. 1067 - Lanham Act § 17.

Löschung der im Streit begriffenen Zeichen entscheiden müßten. Gegen die Entscheidung des Patentamtes müßten Rechtsmittel eingelegt werden können, die das Verfahren vor die ordentlichen Gerichte bringen²⁵²⁾. Es erscheint nicht erforderlich, wie es beispielsweise im schwedischen und finnischen Recht gehandhabt wird²⁵³⁾, das Verfahren vor den ordentlichen Gerichten beginnen zu lassen. Dem Gebot der Rechtssicherheit und Art. 19 Abs. 4 des Grundgesetzes ist Genüge getan, wenn die Überprüfung der patentamtlichen Entscheidung durch die ordentlichen Gerichte gewährleistet ist.

- 4) In dem Lösungsverfahren muß dem Inhaber des im Streit begriffenen Zeichens schließlich auch die Möglichkeit belassen werden, den Nichtgebrauch seines Zeichens zu rechtfertigen, wie dies in Art. 5 C der Pariser Verbandsübereinkunft vorgeschrieben ist. Dabei ist allerdings der Kreis der Entschuldigungsgründe eng zu halten. In den Ländern, die den Benutzungszwang in ihren Zeichenrechten haben, werden als Gründe beispielsweise Warensperren (Kriegsblockade, Alkoholverbote)²⁵⁴⁾, allgemeine wirtschaftliche Verhältnisse, Abwesenheit des Inhabers im Kriege, Enteignung²⁵⁵⁾, höhere Gewalt, Schwierigkeiten bei der Beschaffung von Rohstoffen, zeitweise Zollerhöhungen²⁵⁶⁾ genannt²⁵⁷⁾; es handelt sich also mit Recht stets nur um gewichtigere Gründe.
- 5) Zum Schluß sei noch auf die Frage eingegangen, ob das Patentamt und die Gerichte nicht durch die Einführung eines Benutzungszwangs

252) Ebenfalls nach dem Muster des nordamerikanischen und kanadischen Rechts, s. sec. 1071 bzw. sec. 54, 55.

253) § 26 vml bzw. § 27 des finnischen Warenzeichengesetzes, vgl. auch Prop. 1960:167 S. 135, 149 ff. Auch einige der befragten Organisationen gaben zu bedenken, das Verfahren vor Gericht sei unnötig kompliziert und zeitraubend, s. S. 138.

254) Sandreuter, S. 82, 83 m. weit. Nachw.

255) David S. 183.

256) SOU 1958:10 S. 178, NJA II 1960, 273. Die gleichen Gründe finden sich auch in Innstillings S. 81.

257) Vgl. weiter für das englische Recht Kerly S. 193, für das kanadische Recht Fox S. 449, dort insbesondere Anm. 29 m. weit. Nachw.

überfordert würden. Diese Frage dürfte jedoch keinen Anlaß zur Besorgnis bieten, denn eher wird die entgegengesetzte Folge eintreten, da das Personal des Patentamtes und die Gerichte von der spürbaren Last der unbenutzten Zeichen - Widersprüche vor dem Patentamt, Prozesse durch alle Instanzen - befreit würden. Überdies ist der hier vorgetragene Vorschlag in seiner Ausgestaltung so liberal, daß auch aus diesem Grunde eine Überlastung des Patentamtes nicht zu besorgen wäre. Sollte aber trotz allem eine gewisse Mehrarbeit und damit eine gewisse Vergrößerung der Warenzeichenabteilung des Patentamtes notwendig sein, so ließe sich das mit dem Erfolg der Maßnahme vollauf rechtfertigen.

§ 10: Vorschlag

Es wird vorgeschlagen, in das deutsche Warenzeichenrecht einen Benutzungszwang durch Gesetz einzuführen, wobei eine Schonfrist von fünf Jahren gewährt wird. Die Löschung soll auf Antrag eines interessierten Dritten in einem Verfahren vor dem Patentamt, das durch die ordentlichen Gerichte überprüft werden kann, eintreten.

Dies könnte durch eine Änderung des § 11 Abs. 1 des geltenden Warenzeichengesetzes geschehen, der dann so zu ergänzen wäre, daß unter Ziff. 2 des § 11 Abs. 1 eine neue Ziffer 3 mit folgendem Wortlaut eingefügt wird:

3. wenn das Zeichen innerhalb eines Zeitraums von fünf aufeinander folgenden Jahren nicht benutzt worden ist und der Inhaber die Nichtbenutzung nicht zu rechtfertigen vermag,

Die jetzige Ziff. 3 des Abs. 1 würde damit zu Ziff. 4²⁵⁸⁾. § 11 Abs. 2 wäre in folgender Weise zu erweitern:

Im Falle des Abs. 1 Ziff. 3 ist der Antrag, der jedem interessierten Dritten zusteht, an den Präsidenten des Patentamtes zu

258) Die vorgeschlagene Ziffernfolge deckt sich mit dem Entwurf von v. Kreisler-Ruprecht in GRUR 1954, 434 (439), dem im übrigen nicht gefolgt werden kann, weil die Verfasser eine längere Schonfrist vorschlagen.

richten. Gegen dessen Entscheidung ist der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten gegeben.

Die Regelung des Verfahrens vor dem Patentamt müßte durch ein Bundesgesetz im einzelnen geregelt werden. Dabei wird die Anlehnung an ähnliche Vorschriften des Patentgesetzes empfohlen.

Lebenslauf

Am 15. Januar 1937 wurde ich, Dietrich Barend, als Sohn des Ersten Staatsanwaltes Dr. jur. Werner Barend und seiner Ehefrau Irmgard, geb. Koch, in Frankfurt/Oder geboren.

Ich besuchte von 1943 bis 1948 die Volksschule in Kirchmöser/Havel, danach von 1948 bis 1950 das Gymnasium in Memmingen/Allgäu und von 1950 bis 1956 das Gymnasium in Aurich/Ostfriesland, an dem ich am 15. Februar 1956 die Reifeprüfung ablegte.

Danach studierte ich acht Semester Jura an der Freien Universität und ein Semester an der London School of Economics and Political Science (University of London). Am 15. März 1961 bestand ich das erste juristische Staatsexamen mit der Note "befriedigend".

Den Vorbereitungsdienst habe ich bisher in Berlin und in der Freien Verwaltungsstation in Stockholm abgeleistet.

